

# Símbolos y ofensas

## Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos<sup>\*</sup>

**Rafael Alcácer Guirao**

*Universidad Rey Juan Carlos*

---

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Símbolos y ofensas: Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-15, pp. 1-38.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-15.pdf>

**RESUMEN:** El objeto del trabajo consiste en analizar la legitimidad y oportunidad políticocriminal del delito de escarnio de los sentimientos religiosos. A tal fin, se analiza en primer lugar cuál es el bien jurídico protegido y su merecimiento de protección por vía penal. Junto a ello, se estudian también las diferencias con el fenómeno del discurso del odio y el ámbito de aplicación del artículo 510 del Código Penal. Por último, se plantean también las tensiones que el delito de escarnio presenta con el ejercicio de la libertad de expresión.

**PALABRAS CLAVE:** sentimientos religiosos, ofensas, libertad de expresión, discurso de odio.

**TITLE:** Symbols and offenses: Critical considerations on the criminal protection of religious sentiments

**ABSTRACT:** The purpose of the work is to analyze the legitimacy of the crime of derision to religious feelings. To this end, I analyze in the first place which is the protected interest and its merit of protection by criminal means. Along with this, the differences with the phenomenon of hate speech and the scope of application of article 510 of the Penal Code are also studied. Finally, I also analyze the tensions that the crime of derision presents with the exercise of freedom of expression.

**KEYWORDS:** religious feelings, offenses, freedom of speech, hate speech.

Fecha de publicación: 1 septiembre 2019

Contacto: [rafael.alcacer@urjc.es](mailto:rafael.alcacer@urjc.es)

---

**SUMARIO:** I. Malos tiempos para la libertad de expresión. 1. El escarnio como síntoma. 2. ¿Derecho a no sentirse ofendido? II. ¿Qué protege el delito de escarnio? 1. ¿Protección de derechos? 2. Identidad religiosa. 3. ¿Dignidad? 4. ¿Protección de la paz social?

*Crítica a la jurisprudencia del TEDH. III. Escarnio a símbolos religiosos y discurso de odio. 1. Creencias y creyentes. 2. Discurso de odio y religiones hegemónicas. IV. Protección penal de los sentimientos religiosos. 1. Sentimientos y Derecho penal. 2. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos. V. Discurso antirreligioso y libertad de expresión. 1. El hecho diferencial del discurso antirreligioso. 2. El discurso antirreligioso es discurso político amparado por la libertad de expresión. Bibliografía.*

---

\* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “Movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (DER 2016-74865-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, por la Agencia Estatal de Investigación y por el Fondo europeo de Desarrollo Regional.

## **I. Malos tiempos para la libertad de expresión**

### **1. *El escarnio como síntoma***

Cocinar un cristo al horno y divulgar en televisión—muchos años después de su edición— un video con la receta le costó a Javier Krahe y a la productora del programa donde fue emitido sentarse en el banquillo, acusados de un delito de escarnio de los sentimientos religiosos, siendo finalmente absueltos por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid, en sentencia de 8 de junio de 2012.

El Juzgado de lo Penal nº 1 de Jaén, en sentencia de conformidad de 7 de febrero de 2018, condenó a un ciudadano como autor de dicho delito por haber publicado en la red social *Instagram* una foto en la que, a través de un montaje, había superpuesto su rostro a la imagen del Cristo de la Amargura.

La Audiencia Provincial de Sevilla, mediante auto de 28 de marzo de 2017, revocó el sobreseimiento acordado frente a la imputación por idéntico delito a tres ciudadanas que, con fines reivindicativos de carácter feminista, habían sacado en procesión —“*Procesión de la Anarcofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos socio-laborales*”— la imagen de una vagina de grandes dimensiones a la que, imitando la iconografía de la Virgen, se le había puesto mantilla y corona. El juicio está señalado para el mes de octubre de 2019. La acusación ejercida por la Asociación de Abogados Cristianos solicita la pena de un año de prisión y multa por un delito de incitación al odio y otra pena de multa por delito contra los sentimientos religiosos; el Fiscal acusa también por el último de los delitos citados.

Las soeces manifestaciones críticas realizadas por el actor Willy Toledo contra la apertura de juicio acordada en acatamiento de dicha decisión publicadas en su página de *Facebook* dieron lugar a la incoación de Diligencias previas por el Juzgado nº 40 de Madrid tras la denuncia de la Asociación de Abogados Cristianos, habiéndose dictado Auto de apertura de juicio oral y —en el momento en que esto se escribe— estando pendiente de juicio.

El Obispado de Bilbao interpuso denuncia contra el miembro de una comparsa

que en la Semana Grande de Bilbao de 2017 montó una caseta festiva con el rotulo “*Carnicerías Vaticanas*” y en la que, con la apariencia de un mostrador de carnicería, se simulaba el despiece de un Cristo. Admitida la denuncia a trámite y con la acusación del Ministerio Fiscal, los denunciados fueron juzgados por delito contra los sentimientos religiosos, siendo finalmente absueltos por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Bilbao, en sentencia de 11 de enero de 2019.

Junto a esos supuestos, otras denuncias fundadas en el delito recogido en el artículo 525 del código Penal (CP) no llegaron a juicio, pero sí fueron en todos los casos admitidas a trámite, con la consiguiente citación a los denunciados para declarar ante el Juzgado instructor como imputados. Ejemplo de ello es el caso del cartel de los carnavales de A Coruña, en el que, junto a otros motivos, aparecía un dibujo de una persona con un disfraz de lo que podría identificarse con el Papa Francisco, sujetando una copa de vino. Ese cartel ofendió los sentimientos religiosos de la “Asociación de Viudas de Lugo”, quienes pusieron una denuncia que dio lugar a la imputación de un concejal del Ayuntamiento de A Coruña.

Un segundo ejemplo es el del cartel publicado por una agrupación valenciana nacionalista denominada *Endevant* con ocasión del día del orgullo LGTBI de 2016, y en el que aparecían la Virgen de los Desamparados y la de Montserrat besándose junto al lema “Contra las normas sagradas, ama como quieras”. La indignación que provocó la imagen entre los católicos valencianos motivó una convocatoria auspiciada por el Cardenal Cañizares en desagravio a la Virgen de los Desamparados que convocó a un buen número de personas. El Juzgado instructor terminó por archivar la denuncia, siendo confirmado por la Audiencia Provincial.

Entre otros mediáticos que pudieran citarse –piénsese en Leo Bassi o en la obra “Me Cago en Dios”, de Iñigo Ramírez de Haro-, también ha suscitado considerable polémica la *performance* del artista Abel Azcona consistente en acudir a 242 eucaristías para después utilizar las hostias consagradas recopiladas para escribir en el suelo de una galería la palabra “Pederastia” y posar desnudo junto a ella. Abel Azcona fue citado a declarar como imputado por el Juzgado de instrucción nº 2 de Pamplona por delitos de escarnio y profanación, siendo finalmente archivada la denuncia, tras la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Abogados Cristianos. No obstante, ante una nueva exposición de la obra en Barcelona, un Juzgado de instrucción de la localidad de Berga admitió una nueva denuncia e incoó un procedimiento que sigue su curso.

## 2. *¿Derecho a no sentirse ofendido?*

Ese grupo de casos recientes es suficientemente ilustrativo de la presencia cada vez mayor de los delitos contra los sentimientos religiosos en los juzgados españoles. Ciertamente, comparado con delitos como el de incitación al odio, recogido en el artículo 510 CP o, en particular, el de enaltecimiento del terrorismo y humilla-

ción a las víctimas del terrorismo (art. 578 CP), el delito de escarnio de los sentimientos religiosos tiene una menor incidencia en la restricción penal del discurso público, pero es sin duda sintomático que un precepto de tan rancio abolengo haya adquirido semejante protagonismo en los últimos años.

Creo que ello constituye una manifestación más de la creciente tendencia restrictiva sobre la libertad de expresión. Quizá sea aún pronto para determinar si es un fenómeno coyuntural o si estamos asistiendo a un cambio de modelo, en el que la deliberación pública no es ya entendida como el medio ambiente de la democracia sino únicamente como foco de conflicto y desencuentro; aunque lo cierto es que todo apunta al segundo y más pesimista diagnóstico. Parece, en efecto, que antes que como agente partícipe de la *res publica*, el ciudadano se asume cada vez más como víctima del discurso público, como paciente vulnerable e hipersensible a las ofensas, que demanda espacios sin discurso donde sentirse seguro, y que espera que el Estado le proteja frente a quienes no piensan como ellos<sup>1</sup>.

Pese a su menor relevancia práctica –y pese a la menor entidad de la sanción–, el delito de escarnio de los sentimientos religiosos encarna con particular nitidez algunas razones de ese posible cambio de modelo<sup>2</sup>. El fenómeno es poliédrico y se resiste a un diagnóstico simple. Pero sí pueden enunciarse algunas de esas causas. La primera de ellas es la relevancia axiológica que se asigna a los sentimientos subjetivos, y la consiguiente atribución de ilicitud de las *ofensas*. En dicho clima de conformidad y de corrección política, los sentimientos subjetivos se erigen en interés personal merecedor de protección y en exclusiva medida de la ofensa sufrida, por lo que toda afectación a tales sentimientos se equipara axiológicamente al daño a un bien jurídico. Surge con ello un nuevo “derecho”: el derecho a no sentirse ofendido<sup>3</sup>. Con ello la tradicional concepción liberal de la libre expresión queda cercenada en su base: el derecho a ofender, como condición necesaria para garantizar un debate desinhibido sobre asuntos públicos, se transmuta en el deber de no ofender, que a su vez se concreta en la obligación de moderar la forma y el fondo del discurso.

Lo que quizá sea más preocupante, por cuanto denota realmente que ese cambio de modelo ha venido para quedarse, es que la censura de la expresión ofensiva no viene solo impuesta desde los poderes públicos, sino que es demandada por la propia ciudadanía, cada vez más sensible y menos tolerante a la irreverencia, la sátira o la crítica procaz. Como afirma Mick Hume, en esta era de los *contra-Voltaires*, “la gente es percibida y a menudo se percibe a sí misma como vulnerable, capaz de sufrir daños o de ser incitado a dañar a otros solo por virtud de las

<sup>1</sup> Al respecto, véase HUME, 2015, pp. 5 ss., y *passim*. En este sentido, FOX, 2016, pp. 57 ss., habla de la *Snowflake generation*.

<sup>2</sup> Junto a razones inherentes a un cambio general del modelo de política criminal. Sobre ello, véase en particular Díez RIPOLLÉS, 2004; Díez RIPOLLÉS, 2017.

<sup>3</sup> HUME, 2015, pp. 3-4.

palabras. La imagen de la humanidad como vulnerable, de piel fina y ultrasensible hace aparecer a la libertad de expresión como una actividad peligrosa”<sup>4</sup>.

La inclusión de los sentimientos subjetivos bajo la esfera de lo jurídicamente protegido –y que tiene su plasmación legal en el delito de escarnio o en otros como el delito de ultrajes a los símbolos patrios (art. 543 CP)- genera el riesgo de restringir el propio contenido protegido del derecho a la libre expresión. Ello se debe a la falaz identificación que a veces se establece entre los sentimientos de ofensa y el contenido de derechos fundamentales que, como la dignidad, la igualdad o la libertad religiosa, se sitúan en conflicto con la libertad de expresión.

Esa identificación se refleja con particular claridad en otra de las causas que explican el declive de la libre expresión: las demandas de protección de la *identidad cultural*. Las reivindicaciones del ámbito del multiculturalismo sobre el respeto a las diferencias y particularismos de determinados grupos culturales han erigido un férreo dique a la fluidez del discurso político, al considerar lesivo de la dignidad de sus miembros toda manifestación de rechazo o menosprecio de las características, tradiciones o símbolos que conforman y cohesionan la identidad del grupo. Esas “políticas de la identidad” demandarán importantes restricciones a la libertad de expresión, pues desde la óptica de los grupos identitarios toda ofensa a las tradiciones, símbolos o características que determinan la identidad del colectivo será entendida como un ataque a la dignidad de los miembros del grupo, de igual modo que todo discurso crítico con esas tradiciones será calificado como discurso de odio, racista o discriminatorio<sup>5</sup>. Así lo han entendido autores como Jeremy Waldron, quien pese a defender la restricción penal del discurso del odio, se ha mostrado muy crítico con las reivindicaciones identitarias en este ámbito: “las políticas de la identidad – afirma este autor- contribuyen decisivamente a enturbiar las aguas del debate sobre el discurso del odio”<sup>6</sup>, por cuanto aspiran a transmutar en derechos –derivados de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad- pretensiones de respeto a símbolos, creencias y valores particulares, a instaurar un “derecho” a no ser ofendido y a que sean suprimidas coactivamente las opiniones ofensivas sobre los referentes identitarios<sup>7</sup>.

Dentro de este apresurado diagnóstico, junto a los dos expuestos puede aún citarse un tercer factor causal de la corriente restrictiva de la libre expresión. Si bien no tiene quizá tanta relevancia en el ámbito que nos ocupa –la protección de los sentimientos religiosos-, ostenta un papel esencial en el exponencial incremento de la represión del discurso satírico a través del delito de enaltecimiento del terrorismo

<sup>4</sup> HUME, 2015, p. 33.

<sup>5</sup> En este sentido, denuncia FOX, 2016, p. 26, el modo en que el multiculturalismo ha usurpado el anti-racismo. Véase también HUME, 2015, p. 65-66, sobre los efectos de esas políticas de la identidad sobre la libertad de expresión.

<sup>6</sup> WALDRON, 2012, p. 136.

<sup>7</sup> WALDRON, 2012, pp. 131 ss.

y humillación a las víctimas, que ha generado una inusitada escalada en las condenas a raperos, tuiteros y titiriteros. Ese tercer factor es precisamente el *enaltecimiento de la víctima* como icono reverencial, frente al que todo discurso crítico o meramente satírico adquiere la condición de blasfemia. El “redescubrimiento” de la víctima en el Derecho penal -fenómeno positivo por muchas razones- ha creado diversas perversiones políticocriminales; de una parte, se ha situado a las víctimas como actores de primer orden en la toma de decisiones acerca de qué y cuánto debe castigarse, con el consiguiente detrimento de la racionalidad punitiva<sup>8</sup>; de otra parte, los sentimientos y demandas de las víctimas se han convertido en una de las funciones prioritarias de los poderes públicos, por lo que todo discurso que relativice su privilegiado estatus social será considerado merecedor de reproche. Como afirma Díez Ripollés, lo que se ha producido en la política criminal actual es una inversión de papeles: frente a la garantista protección de los derechos del ciudadano sometido a *ius puniendi*, “es ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad, son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de los intereses públicos; éstos deben personalizarse, individualizarse, en demandas concretas de víctimas, grupos de víctimas, afectados o simpatizantes”<sup>9</sup>.

Con relación a la represión de las conductas expresivas, la conjunción de los factores citados –la necesidad de proteger sentimientos, el auge de la identidad cultural como bien merecedor de protección y el papel cuasi sacro de la víctima- ha producido un curioso fenómeno según el cual las víctimas –genéricas, abstractas, indeterminadas- se han convertido en un grupo social identitario, con la consecuencia de que todo comentario oprobioso, despreciativo o incluso jocoso sobre una víctima concreta –viva o muerta- pasa a constituir un menoscabo de la dignidad de todas las víctimas. Inversamente, los miembros de grupos sociales minoritarios pasan a adquirir la condición de víctimas perpetuas, de modo que cualquier mensaje hostil hacia rasgos identitarios es equiparado a una injuria individual<sup>10</sup>. Ello tiene además un importante efecto en la aplicación de los tipos penales: la *perspectiva de la víctima* se erige en criterio de interpretación de la conducta: sus sentimientos ofendidos son una prueba cuasi irrefutable de la lesividad objetiva de la conducta y la finalidad ofensiva que guiaba al autor del mensaje<sup>11</sup>. Como ha afirmado Claire Fox, “atribuirse la condición de víctima da a la gente una autoridad perversa (...) El estatus de víctima puede comprar privilegios especiales y da luz verde para etique-

<sup>8</sup> Sobre ello, véase DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, pp. 9-10. En este sentido, véase también LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2017, quien entre las causas del deterioro del discurso político menciona el “haber quebrado otro de nuestros postulados de racionalidad punitiva y haber convertido a víctimas de delitos muy graves en agentes de política criminal”.

<sup>9</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, 2004, p. 10.

<sup>10</sup> Véase FOX, 2016, p. 26.

<sup>11</sup> En este sentido, HUME, 2015, p. 66.

tar mensajes negativos o meros comentarios críticos como discurso del odio”<sup>12</sup>. Frente a la cúspide axiológica en la que se ha situado a las víctimas –o a la Víctima como categoría arquetípica-, la libertad de expresión quedará siempre en el lado más liviano de la balanza.

## II. ¿Qué protege el delito de escarnio?

### 1. ¿Protección de derechos?

Ya antes del potencial conflicto que puede surgir con derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad de conciencia, el castigo del escarnio frente a símbolos religiosos debe poder justificarse en virtud de la existencia de un interés merecedor de protección<sup>13</sup>. La primera cuestión que debemos responder es, entonces, qué se protege con tal precepto penal. La segunda, una vez concretado el bien jurídico protegido, es si tal bien jurídico tiene entidad suficiente para justificar su protección por vía penal.

La legitimidad del uso del *ius punendi* resultará indudable si el objeto protegido se conecta con el ejercicio de un derecho fundamental. Quizás por ello, algunas voces han querido vincular las conductas de escarnio y profanación con la libertad religiosa, considerando que es una de las manifestaciones de su ejercicio la que queda menoscabada por tales conductas; de igual modo que otras lo han vinculado al derecho al honor o a la dignidad del colectivo de pertenencia. Con ello no solo se justificaría *prima facie* el recurso a la sanción penal -dado el estatus constitucional del bien protegido-, sino que se quedarían equilibrados los platos de la balanza: el conflicto se planteará entre derechos, entre libertad (de expresión) y libertad (religiosa)<sup>14</sup>.

La vinculación de los sentimientos subjetivos de los creyentes con la libertad religiosa se ha intentado establecer por diferentes vías. Por algunos autores, se derivaría de la vertiente interna del derecho fundamental. Esa dimensión interna protege la existencia de las íntimas convicciones y creencias religiosas, filosóficas o ideológicas de las personas, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso o ideológico, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. En quienes profesan una religión, se afirma, tales creencias generan sentimientos y emociones intensas, porque “la adhesión a unas creencias religiosas, o a una ideología, a la vez que conforma la personalidad del individuo y genera inevitablemente una comunión sentimental con las mismas”. Por ello, las ofensas o el desprecio a los referentes de esas creencias menoscarían los vínculos de esa adhesión y, con ello, la dimensión interna de la libertad religiosa<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> FOX, 2016, p. 24.

<sup>13</sup> Vid. las consideraciones de ROCA AGAPITO, 2017, p. 558-559.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, PALOMINO, 2009, p. 539.

<sup>15</sup> Cfr. en este sentido GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2014, p. 103, quien alude a diversas voces doctrinales

Desde otra perspectiva, se ha afirmado que la libertad religiosa comprende no solo la libertad para ejercer libremente la religión –dimensión externa- y para no ser forzado a asumir o comunicar sus creencias –dimensión interna-, sino también la posibilidad de goce y pacífico disfrute de la práctica religiosa, sin interferencias que alteren el vínculo con los símbolos y credos<sup>16</sup>. A partir de esa premisa, se concluye que los sentimientos religiosos han de formar parte del contenido esencial del derecho fundamental, asumiendo que la protección penal de esos sentimientos no ha de vincularse “a una determinada explicación trascendente de la vida o a la evitación de que el orden público y la paz religiosa se vea perturbada, sino a la dignidad que reviste la relación entre una persona y los valores que esa persona comparte y entiende trascendentes”; desde tal perspectiva, “cualquier escarnio intencionado y grave de las creencias, del culto o de la moral de una confesión para ofender dichos sentimientos, ha de ser considerado como antijurídico, porque la protección de los sentimientos religiosos frente al insulto es equivalente a un trato indigno o denigrante”<sup>17</sup>.

La apelación a la *dignidad* es recurrente en las posturas que pretenden incorporar los sentimientos subjetivos a la libertad religiosa, para con ello justificar su protección penal. Se afirma, por ejemplo, que el sentimiento religioso “es merecedor de tutela penal como *expresión de la personalidad*, como momento central de una dignidad por decir así existencial, como dato originario e inherente de la naturaleza humana. En este sentido, la protección penal no se presta en relación al reconocimiento emotivo con esta o aquella explicación trascendente de la vida, sino a la dignidad de la relación entre la persona y unos valores”<sup>18</sup>.

Y de la dignidad al *derecho al honor* solo hay un paso. Se sostiene, por ejemplo, que el sentimiento religioso haría referencia a “la sensación de apego con una creencia o idea que hace que ésta sea sentida como propia como parte de nuestro propio ser”<sup>19</sup>. Es decir, que harán referencia a un estado emocional de afecto que permite a las personas individuales identificarse íntimamente con sus creencias, convirtiéndose en auténticas convicciones que el sujeto siente como parte de su propia identidad. “Los sentimientos religiosos o la *autoestima religiosa*, al igual que el derecho al honor, en la medida en que formarían parte de la identidad de las personas, estarían ligados a los valores de la integridad moral y en especial de la dignidad”<sup>20</sup>. Por ello, el escarnio de los creencias religiosas se convertirá en una auténtica ofensa a “elementos que el sujeto pasivo percibe como parte de su propia

sin llegar a citarlas, pese a introducir párrafos entrecomillados.

<sup>16</sup> PÉREZ MADRID, 2009, p. 23. En igual sentido, en su literalidad, CARRILLO DONAIRE, 2015, pp. 238-239.

<sup>17</sup> PÉREZ MADRID, 2009, p. 29; idéntico, CARRILLO DONAIRE, 2015, pp. 238-239.

<sup>18</sup> PÉREZ MADRID, 2009, p. 24.

<sup>19</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2014, p. 103, citando a Minteguía Arregui.

<sup>20</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2014, p. 103.



esencia como persona”, lo que menoscabará su autoestima y supondrá antes la lesión del derecho al honor que de la libertad religiosa<sup>21</sup>.

Considero que tales planteamientos no se compadecen con el contenido protegido de los derechos fundamentales invocados, sino que, por el contrario, están basados en una distorsión de sus perfiles.

Con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad religiosa posee una doble dimensión (STC 34/2011, de 28 de marzo). La interna “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual” (STC 177/1996, de 11 de noviembre). Esta vertiente, entendida como el derecho a profesar las creencias libremente elegidas o el derecho a no profesar ninguna, enlaza lógicamente con el derecho a la libertad ideológica pero también con el derecho a la intimidad, del que es expresión, en este ámbito, la garantía recogida en el artículo 16.2 CE, según la que “nadie será obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”<sup>22</sup>. En segundo lugar, la dimensión externa del derecho es la que “que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros” y que se traduce “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso” (STC 46/2001, de 15 de febrero).

Definido en esos términos su contenido, resulta, como digo, muy discutible que con las conductas de escarnio o profanación se restrinja o menoscabe el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Con las ofensas a símbolos o dogmas ni se impone coactivamente la asunción de determinada creencia, ni se impide la práctica de los ritos religiosos<sup>23</sup>. Por lo demás, ni se menoscaba la autonomía personal ni se restringen las posibilidades de participación equitativa en la vida social de los miembros de la comunidad religiosa. El menoscabo del derecho fundamental a la libertad religiosa solo se daría en el caso en que las conductas ofensivas conllevaran un componente coactivo o intimidatorio; pero en tal caso los preceptos aplicables ya no serían los artículos 524 y 525 CP, sino los dos preceptos anteriores<sup>24</sup>. En definitiva, la libertad religiosa protege frente a la coacción externa dirigida a imponer o impedir la práctica religiosa, pero no abarca la indemnidad de tales creencias

<sup>21</sup> GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2014, p. 105, invocando a Minteguía Arregui (aunque sin citar la obra). En esta línea se enmarca también la posición de penalistas como Tamarit Sumalla, citado *apud* ROCA AGAPITO, 2017, pp. 568-569.

<sup>22</sup> Vid. por ejemplo GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2014, p. 102; GARCIA RUBIO, 2014, pp. 414 s.

<sup>23</sup> En este sentido, por ejemplo, MARTINEZ TORRÓN, 2015, pp. 27, 30; LÓPEZ GUERRA, 2013, pp. 89-90; GARCIA RUBIO, 2014, pp. 414, 435; VÁZQUEZ ALONSO, 2016, pp. 332 s. Cfr. también HÖRNLE, 2007, p. 396, quien distingue entre tipos penales de protección de sentimientos asociados a un derecho (como los delitos de amenazas o contra el honor) y de simple protección de sentimientos, incluyendo entre estos últimos al § 166 (trasunto del art. 525 CP).

<sup>24</sup> Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2016, pp. 179, 180.

frente a la crítica o el oprobio; no establece un pretendido derecho a no sentirse ofendido<sup>25</sup>.

En segundo lugar, tampoco el honor de los miembros de la confesión queda menoscabado con el escarnio de la religión. La atribución de ese efecto lesivo parte de una doble exasperación del contenido del derecho fundamental. De una parte, el componente personalista de ese derecho fundamental se diluye para abarcar a todos los integrantes de la confesión religiosa; desde esa lógica, una sola conducta de escarnio menoscabará el honor de todos los creyentes. Esa discutible “colectivización” del derecho al honor fue asumida por el Tribunal Constitucional en el *asunto violeta Friedman* (sentencia 214/1991) para justificar la legitimación activa de la demandante de amparo y proyectar la lesividad de las manifestaciones filonazis de Leon Degrelle sobre todos los integrantes del colectivo judío<sup>26</sup>. Lo que, desde luego, no ha asumido el Tribunal Constitucional es que el derecho al honor de los miembros de un colectivo quede menoscabado ante expresiones o mensajes denigratorios no dirigidos contra las personas sino contra elementos simbólicos -ritos, imágenes, credos- que dotan de identidad al colectivo.

Se plantea con ello un problema de delimitación entre las ofensas a los sentimientos religiosos y el *discurso de odio antirreligioso*, sobre el que luego volveré. Lo que ahora debe destacarse es que las conductas de escarnio y profanación no afectan al derecho al honor, puesto que no menoscaban la estima o estatus social de los integrantes del grupo religioso ni afectan con ello a sus posibilidades de interacción social. Por el contrario, y como afirman quienes defiendan esa pretendida afectación al honor, el “daño” que puede encontrarse en esas conductas parte de la identificación emocional y subjetiva de los creyentes con los símbolos propios de su religión. No es, por tanto, la estimación social lo que se lesiona, sino un sentimiento íntimo e individual acerca de la pretensión de respeto hacia determinados iconos o tradiciones.

## 2. *Identidad religiosa*<sup>27</sup>

Tal como el propio Código penal establece, el objeto de protección son los *sentimientos religiosos*. Lo que tales delitos protegen son, por tanto, estados emocionales subjetivos, contruidos a partir de la *identificación personal* del creyente con determinados referentes culturales, que constituyen el objeto inmediato del escarnio. A partir de ese presupuesto, una lectura posible de los preceptos que, como el escarnio o la profanación, castigan las ofensas a sentimientos religiosos es la basada en la protección de la *identidad cultural*.

Desde planteamientos del multiculturalismo, coincidentes en este ámbito con

<sup>25</sup> GARCÍA RUBIO, 2014,p. 415.

<sup>26</sup> Sobre ello, críticamente, ALCÁCER GUIRAO, 2018, p. 16.

<sup>27</sup> Este apartado se nutre de ideas recogidas en ALCÁCER GUIRAO, 2017, pp. 67 ss.

voces partidarias de proteger penalmente los sentimientos religiosos, la *identidad cultural* es valorada como un bien merecedor de protección, al considerarse una extensión de la propia *dignidad personal*. Según esta concepción, la adscripción a una cultura no solo determina nuestra percepción de la realidad circundante, sino también cómo los demás nos perciben y responden ante nosotros, configurando así nuestra propia identidad y estimación social y proporcionando una sensación de pertenencia. Ello implicará, además, que el sentimiento de autoestima individual vendrá también moldeado por el respeto y *reconocimiento* que goce la cultura a la que se pertenece. Si una cultura no es respetada socialmente, se amenazará también la dignidad y autoestima de sus miembros<sup>28</sup>.

Tal vinculación constitutiva entre identidad cultural y dignidad personal implica, en consecuencia, asumir que las *ofensas* a los símbolos culturales del grupo de pertenencia, en la medida en que pueden interpretarse como un menosprecio hacia su identidad, implicará un *daño* a la dignidad personal de sus miembros. En palabras de Añón Roig, “una identidad infravalorada o no reconocida causa un daño al individuo, en tanto que su identidad se forja en un contexto, en una relación dialéctica con una lengua y una cultura y eso forma parte de las fuentes de su yo”<sup>29</sup>.

La *identidad religiosa* puede entenderse como una forma más de esas identidades culturales. La identificación subjetiva de los creyentes con los símbolos de su religión conforma un vínculo supraindividual que otorga identidad al colectivo, le diferencia de otros grupos sociales y lo cohesiona como grupo de pertenencia<sup>30</sup>. Desde tales presupuestos, como anticipaba, la identidad religiosa podría configurarse como el interés protegido del escarnio y la profanación, en el sentido de que lo lesionado serían esos sentimientos de pertenencia al grupo y de profunda identificación emocional con sus símbolos identitarios. En palabras de Meital Pinto, lo protegido por el Derecho frente a las ofensas a la religión es “la integridad de la identidad cultural”. El reconocimiento de la dignidad de los demás presupone que el Estado debe garantizar no solo la libertad negativa de todos los ciudadanos, sino también protegerles de aquellos actos ofensivos que pueden menoscabar sus vínculos identitarios o el estatus de su comunidad en la esfera pública. A juicio de dicha

<sup>28</sup> En palabras de Charles Taylor, “nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de este; a menudo, también, por el falso reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado o reducido (...) el falso reconocimiento no solo muestra una falta del respeto debido. Puede infligir una herida dolorosa, que causa a sus víctimas un mutilador odio a sí mismas. El reconocimiento debido no solo es una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital” (TAYLOR, 43-45). Cfr., por ejemplo, KYMLICKA, 1995, p. 89; TAYLOR, 2003, p. 97. Sobre las demandas del multiculturalismo en este ámbito, me permito remitir a ALCÁCER GUIRAO, 2016, pp. 2 ss., con más referencias.

<sup>29</sup> AÑÓN ROIG, 2001, pp. 227-228.

<sup>30</sup> Sobre los procesos de construcción identitaria, cfr. por ejemplo KAUFMANN, 2015, pp. 30-37.

autora, “todo individuo tiene un derecho *prima facie* a ser protegido de todo acto que ofenda la integridad de su identidad cultural”<sup>31</sup>.

La identidad religiosa presenta algunos rasgos característicos que la distinguen de otros constructos identitarios como la etnia o el género. De una parte, la religión constituye un vínculo grupal de notable intensidad, dada la profunda identificación que los miembros de una comunidad religiosa establecen con sus símbolos, y dada la cohesión que generan en el grupo el conjunto ordenado de prácticas, ritos y tradiciones inherentes a una religión. Ello se debe en buena medida tanto a la identificación del grupo con un común relato fundacional como a la elevada ritualización y uniformidad de sus prácticas, así como, en particular, a la condición sagrada que ambas adoptan, asumiéndose tal relato como dogma de fe –no susceptible de cuestionamiento o refutación, por tanto- y los ritos y prácticas como normas de comportamiento más o menos estrictas<sup>32</sup>.

De otra parte, y a diferencia de la etnia o el género, la identidad religiosa es -si así quiere decirse- netamente cultural, en tanto su adscripción no tiene una base biológica o genética sino que es enteramente convencional. Los grupos religiosos se conforman en torno a unos determinados patrones de cultura adquiridos por sus miembros en la socialización e interacción con otros practicantes de tales ritos y tradiciones; patrones y creencias que, pese a constricciones sociales, son asumidos voluntariamente, como lo es también la vinculación identitaria. La identidad religiosa, por tanto, es adquirida, decidida y ejercida libremente por sus miembros<sup>33</sup>.

Tal carácter convencional de la identificación con la comunidad cultural debiera conllevar diferencias relevantes a la hora de analizar la lesividad del discurso hostil. La connotación ofensiva ha de ser distinta –ha de ser más grave- cuando lo que se rechaza o denigra es aquello que uno *es* que cuando se denigra aquello en lo que uno *cree*, dado que mientras la persona no puede elegir aquellos atributos físicos o genéticos que lo constituyen –una etnia, una minusvalía, un color de piel-, sí puede elegir su credo y sus convicciones religiosas, y puede, por ello, asumir tal desvinculación entre su ser y sus creencias<sup>34</sup>.

Sin embargo, tal como vimos, quienes defienden la protección de la identidad religiosa parten de una vinculación indisoluble entre la persona y sus creencias. Se asume, así, que esos vínculos identitarios resultan *constitutivos* de la persona y determinan su identidad, de modo que lo que uno *cree* es, a la postre, lo que uno

<sup>31</sup> PINTO, 2010, p. 697-698.

<sup>32</sup> VÁZQUEZ ALONSO, 2016, p. 334.

<sup>33</sup> Afirma Sen que toda identificación con un grupo social conlleva un componente de voluntariedad, en la medida en que todos tenemos libertad para “determinar nuestras lealtades y prioridades entre los diferentes grupos a los que pertenecemos” (SEN, 2007, p. 28). Pero con independencia del grado de identificación por el que cada persona pueda optar, intersubjetivamente (desde la óptica del otro que ofende o que discrimina) creo que es pertinente esa diferenciación entre atributos identificativos de un grupo social de carácter genético o biológico –no susceptibles de elección, por tanto- y vínculos convencionales o culturales, susceptibles, por tanto, de asunción voluntaria y de reflexión crítica.

<sup>34</sup> Cfr. ASH, 2016, p. 255.

es<sup>35</sup>. En este sentido, un comunitarista como Michael Sandel ha podido afirmar que “asimilar la libertad religiosa con un derecho general a elegir los valores de cada uno malinterpreta la naturaleza de las convicciones religiosas. Construir las convicciones religiosas como productos de la elección individual desatiende el papel que la religión juega en las vidas de aquellos para los que la observancia de los deberes religiosos es un fin constitutivo y esencial de su concepción de lo bueno e indispensable para su identidad”<sup>36</sup>. La protección de los sentimientos religiosos trascendería, así, del ámbito de las meras ofensas a creencias o tradiciones, para pasar a proteger la dignidad, al erigirse tales sentimientos en “fuentes del yo”, y constituir, por ello, un aspecto integrante de la identidad de la persona<sup>37</sup>. Desde esa comprensión del fenómeno religioso, toda ofensa a las creencias y figuras sacras se interpretará –se *sentirá*– como una manifestación de menosprecio hacia la identidad cultural del grupo y, por ende, a la dignidad de sus miembros.

Ello enlaza con otra de las particularidades de la identidad religiosa, decisiva en relación con la lesividad u ofensividad que quepa atribuir al discurso antirreligioso. Si algo caracteriza a los grupos religiosos, y lo diferencia de cualquier otro tipo de identificación comunitaria, es el carácter *sagrado* que por sus miembros se atribuye a los referentes culturales. Las creencias, los ritos, los profetas son, así, asumidos como objetos de devoción y como dogmas no cuestionables, ni por los miembros del colectivo, ni por quienes no pertenecen al mismo. Esa circunstancia conllevará, por lo general, una mayor susceptibilidad frente a las voces críticas u hostiles a las creencias religiosas, una hipersensibilidad frente a imágenes o argumentos ofensivos o irreverentes y un muy reducido grado de tolerancia hacia el discurso que cuestione los dogmas de fe<sup>38</sup>.

### 3. ¿Dignidad?

El fenómeno religioso puede concebirse de dos formas. Puede contemplarse, de una parte, como una práctica social compartida, de adscripción voluntaria, y basada en postulados con pretensión de verdad o de corrección axiológica. Pero también puede entenderse, y vivirse, como un vínculo identitario intenso que determina una cosmovisión y un código de conducta compartido<sup>39</sup>.

Esas dos formas de concebir la religión dependen en gran medida de la perspectiva que se adopte: desde un punto de vista *interno* a la comunidad religiosa, la

<sup>35</sup> Cfr. MARCH, 2012, *passim*, sobre las críticas y refutaciones a la concepción del liberalismo sobre los sentimientos religiosos. Sobre esa discusión vid. también ASH, 2016, pp. 253 ss.

<sup>36</sup> SANDEL, 1998, p. xii. Como destaca Vázquez Alonso, desde esta concepción “la religión estaría adscrita a sus miembros de una forma casi biológica, de tal forma que habría de entenderse que cualquier ataque a los dogmas de su religión infunde también un grave daño moral a la comunidad y a sus propios fieles” (VÁZQUEZ ALONSO, 2016, p. 334).

<sup>37</sup> PINTO, 2010, p. 703.

<sup>38</sup> VÁZQUEZ ALONSO, 2016, p. 309; BORAGNO GIL, 2014, p. 118.

<sup>39</sup> Véase, en este sentido, MOON, 2018, pp. 1 ss., 61 ss., 90 ss.

vivencia *subjetiva* de la religión determinará en buena medida la propia identidad del individuo, de un modo quizá más intenso que otros constructos culturales como la nacionalidad o la etnia. Desde esa perspectiva, la religión será concebida como un fuerte vínculo con la comunidad en torno a un conjunto de dogmas sagrados e indiscutibles.

La cuestión es si ese es el enfoque que debe adoptarse para contemplar el fenómeno religioso desde el ámbito jurídico-penal, o si debe asumirse, en cambio, un punto de vista externo y *aconfesional*, desde el que la identidad religiosa no posee mayor merecimiento de protección que otras comunidades identitarias y desde el que, al igual que otras cosmovisiones y otros códigos morales, los dogmas religiosos son susceptibles de crítica y rechazo.

La vinculación de la *dignidad* con el apego identitario a determinados símbolos culturales solo puede sostenerse desde la perspectiva interna a la comunidad religiosa: ante la intensa vinculación emocional con los símbolos, todo ataque a estos será vivido como un menoscabo a la propia autoestima, a la dignidad individual. Pero esa concepción no es admisible como base para configurar una política criminal racional. Frente a esa concepción, en un Estado liberal es fundamental distinguir entre la persona y sus creencias, entre la dignidad personal, inherente a todo ser humano por el hecho de serlo, y los constructos identitarios con los que cada uno se identifica.

El núcleo de sentido de la dignidad como valor jurídico fundamental (art. 10 CE) –siguiendo el clásico imperativo kantiano– es la expectativa de toda persona de ser tratada equitativamente como fin en sí mismo: la pretensión de reconocimiento del valor autónomo de toda persona en cuanto tal<sup>40</sup>. En palabras del Tribunal Constitucional, “*la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares*” (STC 181/2004, de 2 de noviembre). Con la inclusión bajo su órbita prescriptiva de aquellos referentes culturales que dotan de identidad a individuos o comunidades, el concepto de dignidad se diluye y pierde su núcleo axiológico, pues en lugar de fundar el respeto incondicionado en aquello que es común a todas las personas se pretende proyectar sobre diferencias y particularidades propias de unos concretos grupos: en lugar de converger en la igualdad de todos, se pretende conformar sobre las diferencias; en lugar de garantizar lo esencial, se pretende extender a lo accidental, a lo adjetivo.

Frente a las premisas del multiculturalismo, al menos en el ámbito del Derecho penal es preciso establecer una nítida diferenciación entre la dignidad de la persona y aquellos patrones culturales que definen la identidad del grupo al que se adscriben, aun cuando en ocasiones la delimitación pueda resultar compleja. A ese

<sup>40</sup> Vid., por ejemplo, WALDRON, 2012, p. 59-60: “su status social básico, la base de su reconocimiento como seres iguales y titulares de derechos humanos constitucionalmente exigibles”.

respecto, creo importante reivindicar la diferenciación antes citada entre aquellos atributos de identidad que son inherentes a la persona y aquellos que son fruto de una adscripción voluntaria y reflexiva: aquello que se *es* frente a aquello que se *cree*. Tal como ha puesto de relevancia Timothy Garton Ash, la religión debería merecer un menor grado de protección que características inmutables tales como el color o el género, por cuanto “no existen argumentos racionales contra el hecho de tener la piel oscura o clara, y no es posible cambiar de color de piel. En cambio, existen muchos argumentos racionales contra los presupuestos de cualquier religión, y uno puede elegir libremente su religión”<sup>41</sup>. En este sentido, mensajes de humillación basados en denigrar atributos de raza o género conllevarán un menoscabo más o menos intenso a la dignidad de la persona, porque ambos son inescindibles; no se menoscabará la dignidad de la *persona*, sin embargo, con la denigración o el escarnio de símbolos, profetas o relatos religiosos.

Por ende, rechazable es también el abuso político-criminal en que se incurre con la interesada retórica de la dignidad. Apelar a un término tan cargado emocional y valorativamente –palabra tan excesiva que solo el silencio estaría a su altura, al decir de Jiménez Campo<sup>42</sup>– pretende asignar un carácter indiscutible a la necesidad de proteger penalmente los sentimientos religiosos, al mismo tiempo que se enmascara la real dimensión axiológica de lo protegido. Con ello no solo se incurre en un puro intuicionismo argumental, sino que se genera una desproporcionada restricción de las libertades que se hallan en conflicto, estableciendo un criterio de lesividad –y de tipicidad penal, por tanto– de inmanejable vaguedad<sup>43</sup> y de insoportable maleabilidad<sup>44</sup>.

#### 4. *¿Protección de la paz social? Crítica a la jurisprudencia del TEDH*

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido siendo muy restrictiva con el discurso antirreligioso. En sentencias clásicas como *Otto Preminger-Institut c. Austria* (STEDH de 20 de septiembre de 1994) y *Wingrove c. Reino Unido* (STEDH de 25 de noviembre 1996), Estrasburgo estimó acorde al Convenio la sanción contra modalidades cercanas a la blasfemia, asignando prioridad axiológica a la protección de los sentimientos religiosos frente a manifestacio-

<sup>41</sup> ASH, 2016, p. 255

<sup>42</sup> JIMÉNEZ CAMPO, 2018, p. 217.

<sup>43</sup> Véase BILBAO UBILLOS, 2018, p. 266: “el significado preciso de este concepto, de inconfundible aroma iusnaturalista y cargado de ‘adherencias morales y antropológicas’ (Jiménez Campo), es incierto. Y se corre el riesgo de caer en el puro ‘intuicionismo’ (R. Alexy). La determinación de su ‘vaporoso contenido’ es muy problemática: por un lado, puede encubrir una determinada ideología, ‘casi siempre conservadora’; y por otro, su ‘carácter ambivalente’ podría conducir en ocasiones a ‘resultados limitativos de la libertad’ (F. Rey)”.

<sup>44</sup> Advierte JIMÉNEZ CAMPO, 2018, p. 218, del riesgo de que un criterio de contornos tan poco definidos pueda convertirse “sin réplica posible, en instrumento contramayoritario de una jurisdicción instituida en clase redentora”; añadiendo BILBAO UBILLOS, 2018, p. 267, que, por ello, “podría ser un arma de grueso calibre en manos de jueces activistas”.

nes de la libertad de expresión que fueron consideradas gratuitamente ofensivas contra la doctrina cristiana<sup>45</sup>. En pronunciamientos posteriores, parecía que el Tribunal europeo había ido girando su perspectiva hacia una mayor protección del discurso antirreligioso<sup>46</sup>; sin embargo, la reciente sentencia *E.S. c. Austria*, dictada el pasado 25 de octubre de 2018, ha defraudado esa expectativa, al confirmar la condena impuesta por manifestaciones ofensivas contra la figura de Mahoma.

Los hechos son los siguientes: en el ámbito de un seminario sobre el Islam organizado por un grupo de extrema derecha, en el que asistieron no más de treinta personas, una de las ponentes manifestó que Mahoma había sido un pedófilo, al haber contraído matrimonio y tenido relaciones sexuales con una niña de seis años de edad. Entre los asistentes se hallaba un periodista de incógnito, quien publicó la información en el medio para el que trabajaba y puso una denuncia, dando lugar a una condena de multa por delito de ofensas a las doctrina religiosas; precepto recogido en el CP austriaco que exige para su aplicación que los mensajes ofensivos sean “idóneos para generar una indignación justificada”.

Bajo idénticos criterios de decisión que los desplegados en *Otto Preminger-Institut*, y dando acriticamente por válidos todos los argumentos de los tribunales austriacos –bajo una aplicación demasiado generosa, a mi entender, de la doctrina del margen de apreciación nacional–, el Tribunal concluye que la sanción impuesta no vulnera el derecho a la libertad de expresión. Sin pretender un análisis detallado de la decisión, me interesa destacar dos aspectos. El primero es el énfasis que Estrasburgo pone en la protección de la “paz religiosa” como justificación del recorte de la libertad de expresión. Así, en el análisis de proporcionalidad que suele emplear, parte de asumir que el “fin legítimo” que justificaría la restricción de la libertad de expresión no solo es la de “proteger los sentimientos religiosos”, sino también “la finalidad de prevenir desórdenes salvaguardando la paz religiosa” (§41). El segundo es la asunción de que con la ofensa a los sentimientos religiosos se menoscaba la libertad religiosa, lo que le lleva a contemplar el caso como un conflicto entre dos derechos fundamentales (§ 46)<sup>47</sup>.

Ambos planteamientos responden en realidad a un mismo presupuesto de partida: la protección de la paz social. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la protección de la seguridad y del orden social aparece como uno de los límites al ejercicio legítimo de diversos derechos fundamentales, entre los que figura tanto la libertad religiosa (art. 9 CEDH) como la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Ello ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a poner énfasis en la protección de la paz

<sup>45</sup> Sobre esas sentencias, y la doctrina de Estrasburgo en este ámbito, puede verse, entre muchos, MARTÍNEZ-TORRÓN, 2006, *passim*; LÓPEZ-GUERRA, 2013, *passim*.

<sup>46</sup> En este sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ-TORRÓN, 2006, p. 16; PÉREZ-MADRID, 2009, p. 24, citando al anterior; MOON, 2018, p. 100.

<sup>47</sup> Crítica con esa idea, ya presente en pronunciamientos anteriores del TEDH, GARCÍA RUBIO, 2014, p. 424, citando otras referencias.



social y en la finalidad de prevenir la alteración del “clima de tolerancia” que debiera presidir el ejercicio en sociedad de los derechos fundamentales. Así, en concreto, esa es la base sobre la que la sentencia dictada en el asunto *E.S. c. Austria* justifica que el artículo 9 CEDH impone a los Estados el deber de “asegurar la coexistencia pacífica de grupos religiosos y no religiosos y de los individuos bajo su jurisdicción a través del aseguramiento de una atmósfera de tolerancia mutua” (§ 53).

Es desde esta perspectiva como puede entenderse la inclusión de las ofensas a los sentimientos religiosos bajo la órbita del derecho a la libertad religiosa. En rigor, el contenido de la libertad religiosa recogido en el artículo 9 CEDH queda circunscrito –de modo semejante a como se ha configurado por nuestro Tribunal Constitucional- a la libertad de cambiar de religión o de convicciones, y la libertad de manifestar su religión, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Sin embargo, lo que el Tribunal europeo viene a introducir en el ámbito de protegido es lo que entiende que constituye una condición  *fáctica*  para el pleno ejercicio del Derecho: la existencia de un clima de tolerancia y paz social.

Lo que resulta más discutible de ese planteamiento es la exacerbada ampliación que conlleva de la libertad religiosa, en detrimento del derecho a la libre expresión con el que entra en conflicto. La posición del Tribunal de Estrasburgo llevará, así, a que toda ofensa a los sentimientos religiosos que sea idónea para alterar la paz social –o, en los términos del artículo 188 del Código Penal austriaco, que sea adecuada para generar una indignación justificada- sea considerada lesiva de la libertad religiosa de todos aquellos que se sientan potencialmente ofendidos; sin necesidad, por lo demás, de acreditar si concretas personas se hayan visto ofendidas.

Tras la comprensión del Tribunal europeo de la protección de esa paz religiosa late un entendimiento estrecho y pacato de la libertad de expresión, que contradice frontalmente sus propios presupuestos de partida sobre el contenido y finalidad del derecho fundamental. Así, afirma el Tribunal que “el ejercicio de la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades. En el contexto de las creencias religiosas, entre tales deberes figura el de posibilitar el disfrute pacífico de los derechos garantizados en virtud del artículo 9 a los creyentes, incluido el deber de evitar en la medida de lo posible una expresión que sea, en relación con los objetos de veneración, gratuitamente ofensiva” (§ 43). De ese modo, la premisa teórica de que la libertad de expresión protege también las expresiones que  *offend, shock or disturb*  -en clásica expresión del TEDH, reiterada en esta sentencia (§42)- termina por ser papel mojado<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> La sentencia comentada ha sido objeto de encendidas críticas por diversos comentaristas (Cfr. por ejemplo MILANOVIC, 2018; SMET, 2018). Se ha dicho que retoma en su integridad, sin revisión alguna,

Con independencia de tales consideraciones críticas, y ciñéndonos al referido elemento de lesividad del delito, dicha “paz religiosa” resultaría difícilmente aplicable como criterio exegético de nuestro artículo 525, al no introducir ni expresa ni implícitamente una cláusula de idoneidad semejante, ni corresponderse, por lo demás, con la interpretación efectuada por nuestros tribunales. Por lo demás, introduce un factor de relevancia penal muy difuso y vago, con el riesgo de que la sanción penal pueda terminar por hacerse depender de factores exógenos al propio hecho como su repercusión mediática o la capacidad de mostrar indignación de la confesión religiosa afectada.

### III. Escarnio a símbolos religiosos y discurso de odio

#### 1. *Creencias y creyentes*

Como se ha expuesto, tras la controversia sobre los límites de protección de los sentimientos religiosos late una diferente comprensión del fenómeno religioso y su relevancia para la identidad personal. Quienes lo asumen como un vínculo constitutivo de la persona –vinculado con ello a la dignidad– suelen reprochar al sector opuesto –el que lo concibe como una adscripción voluntaria y convencional– su incapacidad de entender lo que “realmente” es la vivencia del hecho religioso y, por ello, de aprehender el impacto emocional que los creyentes suponen los mensajes hostiles a *su* religión.

Ese profundo desencuentro se planteó de modo especialmente virulento con ocasión de las caricaturas de Mahoma. Más allá de las reacciones violentas acontecidas en países islámicos, tras su publicación en el *Jyllands-posten* danés surgieron diversas voces en la academia de diversos países europeos formulando reproches de incomprensión e insensibilidad sobre la trascendencia que la representación del profeta tenía para los musulmanes y para su propia estima como miembros de esa comunidad religiosa<sup>49</sup>.

La dificultad de comprensión que se atribuye a los *extraneus* a la vivencia religiosa, y que se invoca como fundamento de la restricción del discurso ofensivo, constituirá en realidad uno de los mayores problemas para una aplicación racional de las normas destinadas a proteger los sentimientos religiosos, precisamente por la subjetividad de tales sentimientos y la incapacidad para sentar un estándar objetivo de lesividad. De cualquier modo, lo que en este momento me interesa destacar es que esa identificación entre creencias religiosas e identidad de la persona, y la

los mismos criterios que se emplearon con el asunto *Otto Preminger-Institut* más de veinte años antes (de hecho, el precepto sancionatorio aplicado era el mismo). Ciertamente, era un mal caso para cambiar la doctrina, al estar ante una minoría religiosa y no, como en el primer caso, ante ofensas a la religión católica, mayoritaria.

<sup>49</sup> Sobre ello, con amplitud, puede verse la obra colectiva de ASAD/BROWN/BUTLER /MAHMOOD, 2009. Cfr. también MARCH, 2012, p. 3; DANCHIN, 2010, p. 10.

asunción de tales creencias y prácticas como elementos constitutivos de su estima social y su dignidad, conllevará la imposibilidad no ya de distinguir el discurso crítico contra la religión y el discurso ofensivo, sino incluso la de diferenciar entre las ofensas a los sentimientos religiosos y la incitación al odio o la discriminación<sup>50</sup>, pues desde esa óptica toda crítica procax u ofensiva hacia creencias y figuras sacras se interpretará –se *sentirá*– como una manifestación de menosprecio hacia la identidad personal y el estatus social de los miembros de la religión.

Como ya he afirmado, a mi entender debe rechazarse que en las ofensas a la religión se vea menoscabada la dignidad de los miembros de la confesión religiosa, y ello con independencia de lo intensas que puedan ser las sensaciones subjetivas de oprobio o indignación. Sin perjuicio de ello, aun asumiendo en un plano teórico esa diferenciación entre el ámbito de los sentimientos subjetivos y el contenido de la dignidad o el honor personal, en ocasiones no será fácil trazar la línea que media entre la humillación a los creyentes y a las creencias, entre la ofensa a una persona, o a un grupo de personas, debido a sus creencias religiosas –caso en el que, por difusa que se antoje la idea, sí podría ser posible afirmar un menoscabo de la dignidad– y la “humillación” a sus creencias religiosas<sup>51</sup>.

Tal diferencia entre el ataque al creyente y el ataque a las creencias será relevante no solo en un plano especulativo, sino también porque es la que permite delimitar las conductas de escarnio recogidas en el artículo 525 CP de las que, con penas más graves, estarían incluidas en el artículo 510 CP como supuestos de incitación al odio y a la discriminación.

La *vis* expansiva de la noción de “discurso de odio” ha terminado por atribuir tal etiqueta peyorativa a todas aquellas conductas expresivas que generan reacciones sociales adversas, con el fin de declararlas excluidas del ejercicio de la libertad de expresión y justificar, así, su punición<sup>52</sup>. En particular, en ocasiones se ha pretendido legitimar el delito de escarnio de las creencias religiosas atribuyéndole tal carácter de discurso de odio, o bien –como hemos visto– asumiendo que en ambos casos es el mismo el interés lesionado, ya sea la dignidad, el honor o la libertad religiosa<sup>53</sup>. A fin de evitar esa interesada confusión, es importante delimitar con claridad supuestos que, aunque en ocasiones se entremezclen, presentan contornos diversos, tanto desde un plano sociológico como jurídico<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> MARCH, 2012, p. 3

<sup>51</sup> Diferencia que los planteamientos del multiculturalismo tienden a oscurecer con la equiparación entre (el respeto a) la persona y (el respeto a) sus vínculos culturales. Véase la crítica de WALDRON, 2012, pp. 131 ss., a las “políticas de la identidad” auspiciadas por el multiculturalismo.

<sup>52</sup> Ampliamente sobre el uso y abuso del término “discurso del odio”, ALCÁCER GUIRAO, 2018, *passim*. Sobre los aspectos conceptuales del discurso de odio y su delimitación frente a los “delitos de odio”, puede verse FUENTES OSORIO, RECPC 2017, *passim*; LANDA GOROSTIZA, 2018, pp. 21 ss., pp. 49 ss.; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, 2019, 96 ss.

<sup>53</sup> Vid., por ejemplo, PÉREZ MADRID, 2009, pp. 22-23.

<sup>54</sup> Los distingue con claridad, por ejemplo, VÁZQUEZ ALONSO, 2016, p. 308, al plantearse la cuestión de “qué respuesta jurídica ha de darse en aquellos supuestos en los que el discurso no constituye un ataque a

La necesidad de distinguir ambos fenómenos aparece con claridad, por ejemplo, en el Informe de la Comisión Venecia sobre la relación entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, de octubre de 2008<sup>55</sup>. En el informe se parte de que “las fronteras entre el insulto a los sentimientos religiosos (incluso la blasfemia) y el discurso del odio son fácilmente difuminables, siendo por ello difícil de establecer dónde se halla la línea que separa la expresión de ideas y la incitación al odio” (§ 68). Pero esa diferenciación es esencial, porque si bien “el discurso de odio justifica la sanción penal” (§ 57), la Comisión “no considera necesario o deseable crear un delito de insultos religiosos (es decir, de insultos a los sentimientos religiosos) si carece de la incitación al odio como elemento esencial” (§ 64). Y concluye: “si una expresión o una obra artística no puede ser considerada como incitación al odio, no debería ser objeto de sanciones penales” (§ 64).

En suma, es fundamental diferenciar ambos fenómenos, tanto desde un plano de *lege ferenda* como de *lege lata*: resultan mucho más graves las conductas propias del discurso del odio que las de escarnio de los sentimientos religiosos (tal como se evidencia con la diferencia de pena existente entre los artículos 510 CP y 525 CP), hasta el punto de que cabe dudar –como lo hace el citado informe de la Comisión Venecia- de la legitimidad de sancionar bajo pena el delito de escarnio.

Para ello, podemos servirnos del concepto de discurso de odio comúnmente empleado, tal como aparece recogido en la Recomendación 97 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa:

“cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes”.

Más amplia es la descripción que acoge la Recomendación nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), publicada el 21 de marzo de 2016, sobre “Líneas de actuación en relación con la lucha contra las expresiones de incitación al odio”:

“el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, len-

la reputación o al estatus social de los creyentes, sino un ataque contra sus creencias o contra los dogmas y símbolos de su fe”. Véase también, pp. 337 ss.

<sup>55</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, Study no. 406/2006. Adoptada por la Comisión de Venecia en la Comisión Plenaria 76 (17-18 de octubre 2008).

gua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condiciones personales”.

Dos aspectos interesan destacar de esas amplias definiciones. El primero es que el discurso de odio tiene como destinatarios a los miembros de determinados colectivos en virtud de sus características. El rechazo, la hostilidad, el insulto, se dirige contra las personas adscritas a determinados colectivos identitarios, no contra los constructos culturales que vehiculan esa identidad. Expresado en términos más sintéticos: la incitación al odio religioso se dirigiría contra los creyentes, no contra las creencias; contra las personas, no contra los símbolos.

El segundo atiende al núcleo de sentido del discurso de odio: tal como explícitamente se recoge en las Recomendaciones, la característica esencial del discurso de odio radica en la manifestación pública de *discriminación* hacia determinadas personas o grupos sociales en atención a las características que identifican y distinguen a sus miembros, pero únicamente cuando tales grupos sociales deban ser protegidos en atención a esas características por haber venido siendo objeto históricamente de discriminación social o exista, en todo caso, un contexto social previo de marginación.

Es ese citado componente discriminatorio, característico de los colectivos destinatarios de la hostilidad, lo que permite distinguir el “discurso del odio” de otras conductas expresivas de rechazo, oprobio o denigración contra personas o colectivos, y es lo que motiva –justificadamente o no- la restricción de la libre expresión pública presente en los textos internacionales. Así lo entiende también, por ejemplo, la organización no gubernamental especializada en libertad expresión “Article 19”. En su informe de 2015 titulado *‘Hate Speech’ Explained. A Toolkit*, intentando encontrar un concepto de mínimos a partir de la noción de “odio”, se concluye que el discurso del odio no ha de equipararse con la expresión de un sentimiento de rechazo o aberración, sino que el mensaje debe tener un componente *discriminatorio*, en tanto en cuanto debe estar dirigido contra personas o grupos identificados por determinadas “características protegidas” por el Derecho internacional.

Ambos aspectos son decisivos para distinguir las conductas de discurso de odio antirreligioso de las que puedan constituir ofensas a símbolos o credos. No estamos ante el mismo fenómeno cuando se cocina un Cristo, se quema una biblia o se divulga una imagen de Mahoma como un pederasta o un borracho, que cuando se difunden estereotipos como que los judíos son seres inferiores o que todos los musulmanes son terroristas. Con independencia del tratamiento politicocriminal que, de *lege ferenda*, deba darse a estos últimos supuestos -cuestión que no es objeto de estas páginas-, la creación de estereotipos que sean idóneos para fomentar el repudio social o la discriminación presentan cierto grado de afectación a la dignidad de los miembros del grupo<sup>56</sup> y, de *lege lata*, encajarían en los dos prime-

<sup>56</sup> Así lo entiende, por ejemplo, Jeremy Waldron, quien es partidario de sancionar la difamación colectiva.

ros apartados del artículo 510 CP. Sin embargo, el primer grupo de conductas no afectan al estatus social de los miembros del grupo religioso, ni reducen sus posibilidades de participación social, sino que únicamente pueden conllevar una ofensa basada en sus representaciones de lo sagrado y sus patrones culturales. Estamos, en otras palabras, ante un efecto puramente emocional, dependiente de la identificación subjetiva del creyente con los símbolos religiosos.

El problema es que, en la práctica, no es tarea fácil delimitar ambos supuestos<sup>57</sup>. Sirvámonos como ejemplo del famoso caso de las caricaturas de Mahoma publicadas en el *Jyllands-Posten*.

Con carácter general, en dichas caricaturas podrían distinguirse tres formas de ofensa, de menor a mayor gravedad:

- i. (*Blasfemia*) De una parte, la sola representación de la imagen de Mahoma constituye, para algunas versiones del Islam, un insulto contra el profeta; estaríamos ante el quebrantamiento de un tabú religioso, o ante un supuesto de *blasfemia*<sup>58</sup>.
- ii. (*Escarnio*) En segundo lugar, la burla de creencias o tradiciones religiosas, como el chiste sobre la expectativa de las vírgenes en el cielo, constituiría una modalidad de *escarnio*. Más dudas podría plantear la interpretación de la imagen de Mahoma con una cimitarra en actitud agresiva y protectora contra dos mujeres con velo integral que se hallan detrás de él: ¿constituye una crítica contra la sumisión de la mujer en la religión musulmana? ¿pretende trasladar, además, la idea de que Mahoma era un ser violento? ¿O aspira más bien a fomentar el estereotipo de que todos los musulmanes son violentos y agresivos contra sus mujeres?<sup>59</sup>
- iii. (Discurso de odio) La caricatura más controvertida fue, en todo caso, la que representaba a Mahoma con un turbante del que emana una bomba, en la que aparecía inscrita la *shahadah*. A diferencia de las anteriores, podría decirse que esta caricatura se dirige antes contra los musulmanes que contra el Is-

Desde su concepción liberal, lo protegido no es, como tal, el grupo -su supervivencia, su cohesión, su cultura-, sino cada uno de sus miembros, que ven su reputación social menoscabada cuando públicamente se menosprecian las cualidades o características comunes a todos (WALDRON, 2012, pp. 60, 122). Esa difamación de grupo puede venir dada cuando se atribuyen hechos calumniosos que conllevan un impacto directo en el estatus social de los miembros del grupo -todos los gitanos son ladrones, todos los musulmanes son terroristas-; cuando se degradan o menosprecian gravemente las características inherentes a los miembros del grupo y que los definen como tal grupo étnico, religioso, etc. -los negros son monos; los judíos son una raza inferior, los homosexuales son enfermos mentales, etc.-; o cuando se propagan mensajes que promueven la discriminación de tales grupos en atención a sus características -moros fuera, los negros no son bienvenidos, etc.- (WALDRON, 2012, pp. 56 ss.). Esos ataques reputacionales, afirma Waldron, atentan contra la dignidad de las personas, entendida “como su status social básico, la base de su reconocimiento como seres iguales y titulares de derechos humanos constitucionalmente exigibles” (WALDRON, 2012, p. 59). Una exposición crítica sobre la propuesta de este autor en ALCÁCER GUIRAO, 2016, pp. 44 ss.

<sup>57</sup> En este sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ-TORRÓN, 2015, p. 27; MOON, 2018, pp. 64 ss.

<sup>58</sup> BRAHM LEVEY/MODOD, 2009, p. 431-432.

<sup>59</sup> Sobre la dificultad interpretativa de esa caricatura, cfr. BLEICH, 2012, p. 118, concluyendo que, como mínimo, identifica a Mahoma con una tendencia a la violencia y a la opresión contra las mujeres.

lam, contra los creyentes antes que contra la creencia<sup>60</sup>. Siguiendo esa estela de pensamiento, sería razonable interpretarla como una identificación entre la religión musulmana y el terrorismo, y entender por ello que tenía cierta virtualidad discriminatoria, y lesiva del estatus social del grupo, al fomentar un estereotipo muy negativo sobre todos los musulmanes. Estaríamos, por ello, en el ámbito del *discurso del odio*, ya como un supuesto de incitación al odio o discriminación (art. 510.1 CP), ya de difamación de grupos (art. 510.2 CP).

Como síntesis de lo expuesto, podríamos decir que diseminar estereotipos degradantes de una comunidad religiosa constituirá una modalidad de discurso de odio, que *de lege lata* podrá ser incardinada bajo el artículo 510 CP cuando alcance gravedad suficiente para potencialmente menoscabar la estima social del grupo y, con ello, la dignidad de sus integrantes. Sin embargo, el menosprecio de símbolos u objetos de veneración constituirá una mera ofensa a los sentimientos religiosos.

Pero esa diferenciación genérica no resuelve los problemas de delimitación. La particularidad de la identidad religiosa es que símbolos y doctrinas están tan imbricados con el modo de vida de los participantes de la religión que muchas veces el desprecio a los símbolos podrá generar un efecto reputacional negativo de la comunidad en su conjunto. Piénsese en los casos de generalización a toda la comunidad de las prácticas de un grupo reducido de la misma –“todos los musulmanes son terroristas”-, o en la falsa atribución a la propia doctrina religiosa del fomento de prácticas moralmente rechazables –“el catolicismo fomenta la pederastia”-<sup>61</sup>. Cuando se divulga que Mahoma era un pedófilo -como en el caso resuelto en el asunto *E.S. c. Austria*- es claro que nos hallamos en el ámbito de la blasfemia o, en su caso, del escarnio; pero cuando se divulga que, al ser Mahoma un modelo de vida para los musulmanes, el Islam defiende, promueve o siquiera incluye la pedofilia entre sus dogmas, podríamos estar ante un supuesto de discurso de odio. El problema es que el predominio de uno u otro mensaje en la conducta expresiva dependerá de matices interpretativos muy difíciles de diferenciar.

## 2. *Discurso de odio y religiones hegemónicas*

Ante esa complejidad de delimitar ambos fenómenos sociales -y delitos-, es preciso ponderar un factor adicional. Como hemos visto, un elemento inherente a la definición del discurso de odio -plasmado también en la descripción típica de preceptos como el 510 CP- es la marginación o discriminación inherente a los grupos diana, contra los que se dirige el discurso hostil. Desde esa perspectiva, a la hora de delimitar entre discurso de odio y mero escarnio/blasfemia deberá tenerse en cuenta la posición social que ocupe el grupo religioso: la balanza se orientará

<sup>60</sup> Sobre ello, véase BRAHM LEVEY/MODOD, 2009, pp. 435 ss., 439 ss.

<sup>61</sup> MOON, 2018, p. 65.

más hacia el discurso de odio si estamos ante grupos minoritarios que si las ofensas se producen sobre religiones mayoritarias o hegemónicas.

Ello ha sido destacado por diversos autores. La misma idea plantea, por ejemplo, Martínez-Torrón. A su juicio, esa diferenciación es fundamental porque mientras el discurso de odio debería ser punible, el ultraje a ideas, símbolos ritos o personajes sagrados no debe merecer reproche penal. Así, será preciso acudir a la vía penal únicamente “cuando la ofensa proferida no se limita a herir los sentimientos de determinados fieles, sino que dañan seriamente la reputación de una confesión religiosa o de sus miembros, produciendo así situaciones de discriminación o dificultando que algunos ciudadanos practiquen libremente su religión”. Y a continuación pone de relieve que eso “es más fácil que suceda con minorías religiosas - por lo general más vulnerables a las consecuencias de la difamación- que con la religión mayoritaria”<sup>62</sup>. En sentido semejante, sostiene Moon que “el impacto de los insultos antirreligiosos será mayor cuando los miembros del grupo diana se sienten ya discriminados e interpretan el mensaje como un refuerzo simbólico de su situación de subordinación en sociedad”<sup>63</sup>.

Desde otra perspectiva -nítidamente multiculturalista-, Meital Pinto acoge también un planteamiento semejante. Su punto de partida es que las ofensas a los sentimientos religiosos deben contemplarse desde la óptica de la lucha por la igualdad entre grupos culturales, y que el criterio de enjuiciamiento ha de ser un “principio de vulnerabilidad de la identidad cultural”, en el sentido de que “cuanto más vulnerable sea la identidad cultural del grupo, mayor gravedad tendrá la ofensa a la integridad de la identidad cultural”<sup>64</sup>. Así, la lesividad de las ofensas no debe analizarse “en términos subjetivos relativos a cuántas personas se han sentido ofendidas, sino en términos relativos al grado en que se ha podido dañar su estatus de igualdad en sociedad”<sup>65</sup>. Desde tales premisas, las ofensas proferidas contra una religión mayoritaria no causarán un daño relevante, puesto que no pondrán en peligro su estatus social ni la integridad de su identidad cultural. Mayor gravedad presentará, sin embargo, el escarnio o desprecio a los símbolos de una comunidad religiosa minoritaria, puesto que incidirá negativamente en el ya vulnerable estatus social de la comunidad, menoscabando con ello su identidad cultural<sup>66</sup>.

Creo que puede compartirse la premisa, pero no las consecuencias que Pinto extrae. La condición de grupo minoritario no puede, *per se*, conllevar que las ofensas religiosas adquieran gravedad suficiente como para merecer reproche penal. Dicho de otro modo, ante conductas de escarnio de entidad semejante –quemar una biblia y quemar un Corán, insultar a Cristo o insultar a Mahoma, etc.-, no debe conside-

<sup>62</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, 2016, p. 30.

<sup>63</sup> MOON, 2018, p. 94.

<sup>64</sup> PINTO, 2010, pp. 697, 704.

<sup>65</sup> PINTO, 2010, pp. 698, 706.

<sup>66</sup> PINTO, 2010, pp. 717 ss.



rarse que las dirigidas a un grupo minoritario resulten más graves. Ya he puesto de manifiesto que lo protegido por el delito de escarnio no guarda relación con la identidad cultural, ni menos aún con la prevención de la discriminación, por lo que no puede ser ese el fundamento de la mayor gravedad. Por descontado, tampoco una conducta de mera ofensa a símbolos religiosos puede transmutarse en un supuesto de discurso de odio –una incitación al odio, un menoscabo grave de la dignidad- por la sola razón de que estemos ante grupos religiosos minoritarios.

Sin embargo, el castigo del discurso del odio –el artículo 510 CP- sí tiene por finalidad prevenir la discriminación de personas y colectivos, por lo que, una vez en ese ámbito, la situación social del grupo habrá de tener relevancia<sup>67</sup>. De una parte, sí puede conllevar que, en aquellos casos límite, la conducta pueda calificarse como discurso de odio, antes que como mero escarnio. A esto se refiere Martínez-Torrón, entiendo, cuando manifiesta que en casos de discurso antirreligioso será más fácil apreciar la existencia de una incitación a la discriminación si estamos ante un grupo minoritario. De otra parte, la conclusión que puede también sacarse es que, inversamente, un grupo religioso hegemónico no podrá ser víctima idónea del discurso de odio. Expresado de otro modo, y ciñendo la cuestión a la situación social y jurídica española: si, como creo razonable desde su fundamento de protección, efectuamos esa interpretación teleológica del artículo 510 CP y concluimos que sus conductas típicas solo son aplicables ante el discurso hostil o difamatorio de grupos minoritarios o tradicionalmente sometidos a discriminación, los miembros de la religión católica no pueden ser sujetos pasivos del precepto. Las conductas difamatorias contra la religión católica, ya contra las creencias ya contra los creyentes, solo podrán constituir, a lo sumo, un delito de escarnio o, en su caso, un delito de injurias o calumnias, pero no encajarán en el artículo 510 CP.

Este planteamiento seguramente resulte polémico para algunos sectores, pero no debería sorprender: tampoco debería sorprender la exclusión del artículo 510 CP de discursos dirigidos contra la comunidad de raza blanca, contra los homosexuales o contra los hombres (como grupos sociales hegemónicos)<sup>68</sup>, ni la exclusión de los discursos dirigidos contra policías, jueces o toreros (como grupos sociales no discriminados).

<sup>67</sup> A otra conclusión habrá de llegarse si se asume que el bien jurídico protegido por el artículo 510 CP – o por algunas de sus conductas típicas, como la incitación indirecta al odio- es la paz pública o la moral social mayoritaria (críticamente, FUENTES OSORIO, 2017, pp. 31 ss.). Desde esa lógica, ciertamente, serán las ofensas a la religión hegemónica las que más se aproximen a la órbita de aplicación del artículo 510 CP.

<sup>68</sup> Esa sería, sin embargo, la consecuencia obligada (y político-criminalmente absurda) si asumimos la premisa –antes mencionada- de que el *telos* de interpretación del precepto es la protección de la moral social mayoritaria o la paz social.

#### IV. PROTECCION PENAL DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

##### 1. *Sentimientos y Derecho penal*

Descartado que el delito de escarnio proteja otro interés distinto que los meros sentimientos religiosos, y delimitado ese supuesto de los casos de discurso de odio, la siguiente cuestión es si tales sentimientos religiosos son merecedores de protección penal.

En la literatura anglosajona, especialmente a partir de la obra de Joel Feinberg, es habitual distinguir entre el *daño* a intereses merecedores de protección y la *ofensa* a valores o sentimientos. Desde esa perspectiva, se asume que el “principio del daño” no ha de ser el exclusivo criterio que legitime la criminalización de conductas, sino que también determinadas ofensas, cuando alcancen la intensidad suficiente, pueden ser merecedoras de reproche penal. Las ofensas se caracterizarían por agraviar a otras personas generando en ellas un estado mental de desagrado o indignación, hiriendo su sensibilidad moral pero sin necesidad de causar un daño psicológico evaluable<sup>69</sup>. Como ejemplo de ofensas tradicionalmente incluidas en los Códigos penales, Feinberg menciona supuestos como la profanación de símbolos objeto de respeto o veneración social -la bandera o el crucifijo-, o la exhibición pública de símbolos asociados con prácticas o políticas contrarias a derechos humanos -la esvástica nazi o las vestimentas del *Ku Klux Klan*-<sup>70</sup>.

Si la delimitación entre daños y ofensas es en ocasiones difícil de trazar<sup>71</sup>, más difícil será esa delimitación en el marco de discusión sobre la protección penal de la identidad cultural y religiosa. Como hemos expuesto, desde planteamientos cercanos al multiculturalismo se acoge la premisa de que las conductas expresivas denigratorias de los símbolos culturales de una comunidad afectan a la dignidad de cada uno de sus miembros, dada la profunda identificación entre la cultura común y la identidad personal. Con ello, intereses personales esenciales como la dignidad o el honor se equiparan a sentimientos subjetivos de pertenencia a la comunidad cultural, y referentes culturales del grupo como símbolos, mitos o credos se erigen en manifestaciones de la propia autoestima individual. Ciertamente, asumida sin matices esta perspectiva, la diferencia entre ofensa y daño -entre afectación a los sentimientos y menoscabo a la dignidad- se diluiría por completo, pues toda ofensa a símbolos o creencias de una comunidad constituiría un daño al honor o la dignidad de sus miembros. Pero creo que hay razones para poner en duda esa identifica-

<sup>69</sup> FEINBERG, 1985, p. 1 s. Sobre la concepción de Feinberg y el desarrollo posterior de la doctrina puede verse BORAGNO, 2014, p. 117 s., y especialmente, MIRÓ, 2015, *passim*.

<sup>70</sup> FEINBERG, 1985, p. 53 ss.

<sup>71</sup> Baste destacar, a título de ejemplo, que la obra más relevante en los últimos años sobre el discurso de odio, *The Harm in Hate Speech*, de Jeremy Waldron, asume como “dañosas” conductas que -como la exhibición de la pornografía entre adultos- desde los planteamientos de Feinberg ni siquiera alcanzarían a constituir conductas ofensivas (MIRÓ, 2015, p. 53).

ción; o, si se prefiere, para que esa identificación no se proyecte sobre la decisión político criminal de criminalizar la ofensa a los sentimientos religiosos.

Quizá resulte excesivo rechazar, con carácter absoluto, que las ofensas merezcan reproche penal; o, dicho inversamente, que los sentimientos deban ser protegidos por el Derecho penal. Con independencia de las referidas dificultades de delimitación entre ofensa y daño, seguramente ese interrogante no admita una respuesta unívoca, siendo preciso adentrarse en el análisis de la clase de sentimiento o la gravedad de la ofensa, a fin de ponderar su merecimiento de protección bajo pena. Es decir, que, al igual que respecto de los daños a bienes jurídicos, las ofensas deben someterse al tamiz del juicio de proporcionalidad<sup>72</sup>. Así, habrá sentimientos relacionados con pretensiones de acceso a un estatus igualitario de ciudadanía –discurso discriminatorio–, o con sensaciones de inseguridad –discurso hostil–, o incluso con expectativas intersubjetivas de empatía hacia los animales –maltrato animal–, cuya protección por vía penal podría entenderse justificada.

Pero hay sentimientos como los relacionados con la pertenencia a una identidad cultural que no han de merecer protección penal. Ni la protección de sentimientos religiosos –con delitos como el escarnio o la profanación–, ni la protección de sentimientos patrióticos –a través de la sanción de los ultrajes a la bandera– están justificados en una política criminal de base liberal y en una sociedad basada en la diversidad cultural. Como afirma Roxin, “la protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trata de sentimientos de inseguridad (...) El Derecho penal no puede pretender una protección más amplia. El ser humano actual vive en una sociedad multicultural entre cuyas condiciones de existencia se encuentra la tolerancia de conductas que contradicen las propias representaciones valorativas”<sup>73</sup>.

## 2. Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos

No cabe duda de que la burla, el menosprecio o el escarnio hacia los símbolos y creencias que conforman la identidad de una comunidad religiosa puede generar profundos sentimientos de aprensión, indignación o ira en sus miembros. Pero la ira, la indignación o la ofensa que puede derivarse de conductas de escarnio se genera a partir de una relación subjetiva y privada entre el creyente y sus símbolos de adoración, que tiene su génesis en una pretensión de respeto a lo sagrado interna a las prácticas de la comunidad religiosa y que al no estar vinculada al ejercicio de un derecho fundamental no resulta exigible *ad extra*.

Que el sentimiento afectado no aparezca vinculado con el ejercicio de un derecho conlleva una importante razón para rechazar su protección bajo pena. Así, uno de los criterios habitualmente manejados en la discusión sobre los límites al castigo

<sup>72</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, 2016, 179-180.

<sup>73</sup> ROXIN, 2007, p. 451.

de las ofensas es precisamente el de si la conducta expresiva constituye un actuar ilícito (*wrongdoing*), o –inversamente expresado– si la persona cuyos sentimientos se hieren con la conducta tenía un derecho a no sufrir tal ofensa<sup>74</sup>; a *contrario sensu*, si la perturbación sufrida por aquellos que se sienten ofendidos no está vinculada al ejercicio de un derecho, sino que no estamos más que ante una alteración emocional o una sensación subjetiva de disgusto, repulsa o malestar que no restringe la autonomía de la persona o sus posibilidades de interacción social, no habrá razones de peso para su criminalización. En el caso de los sentimientos religiosos, *no existe un derecho a no sentirse ofendido*; si bien las personas sí tienen derecho a no ser gratuitamente insultados –no estando los meros insultos amparados por la libertad de expresión–, ese derecho no se extiende a los símbolos y credos con los que una religión se identifica.

Más allá de ese primer aspecto, existen ulteriores razones por las que no está justificada la sanción bajo pena de las ofensas a la religión.

De una parte, el componente subjetivo y privado de tales sentimientos hace imposible sentar un estándar objetivo de la ofensa, esto es, un grado de lesividad evaluable por quienes no participan de la misma identidad religiosa, debiendo irremediamente hacer depender la relevancia penal de la conducta de la *sensibilidad subjetiva* de los creyentes, o de patrones internos a la propia comunidad religiosa. Así, solo caben dos parámetros posibles para establecer el grado de lesividad de la conducta expresiva: o bien asumir la perspectiva de la *primera persona* y evaluar la intensidad de la reacción de los ofendidos<sup>75</sup>, o bien adoptar una perspectiva *cultural* y analizar cuáles de los referentes culturales de la confesión religiosa resultan más valiosos para su identidad<sup>76</sup>. Pero en ambos casos la determinación de un estándar intersubjetivo de ofensividad resulta prácticamente inviable.

En relación con la primera opción, opone Boragno que “el principal problema es precisamente el hecho de que formulando nuestra queja en el lenguaje de la ofensa estamos afirmando únicamente una experiencia mental propia. Por tanto, el fundamento de la queja no puede comprobarse, sino que hemos de contentarnos con el informe en primera persona de aquel que se queja. Es decir, el lenguaje de la ofensa es incontrolable, en el sentido de que no hay manera de saber cuándo alguien sufre realmente una experiencia mental desagradable u ofensa. Además, las personas pueden ser más o menos susceptibles de sentirse ofendidas”<sup>77</sup>. Y problemas semejantes plantea la segunda alternativa, si la ofensividad de la conducta se determina de modo enteramente dependiente de patrones de significado *internos* a la confe-

<sup>74</sup> Sobre la relevancia del menoscabo de un derecho como componente de lesividad, cfr. por ejemplo HÖRNLE, 2007, p. 384 ss. Vid. también MIRÓ, 2015, pp. 31 ss.

<sup>75</sup> BORAGNO, 2014, p. 118.

<sup>76</sup> Así, PINTO, 2010, p. 701.

<sup>77</sup> BORAGNO, 2014, p. 118.

sión religiosa, terminamos por poner en manos de la propia comunidad cultural la determinación de lo lesivo y, con ello, de lo penalmente relevante<sup>78</sup>. El problema en ambos casos es, en suma, que la medida de la ofensa depende de la sensibilidad del ofendido. Si a ello unimos el enorme grado de susceptibilidad inherente a creencias sostenidas en dogmas incontrovertibles y a la pretensión de sacralidad de sus símbolos culturales, desaparece toda posibilidad de encontrar un límite proporcionado a la aplicación de tipos penales de la índole del escarnio o la profanación.

Además, y desde el punto de vista de la tipificación, tal imposibilidad de fijar criterios objetivables de concreción de la lesividad conllevará un insoportable grado de vaguedad en la descripción típica, difícilmente compatible con las garantías del derecho a la legalidad. Por más que pretenda desvincularse de la mera blasfemia exigiendo un específico ánimo de ofender<sup>79</sup>, lo cierto es que nada impide que el delito actualmente recogido en el artículo 525 CP castigue conductas como la publicación de los *Versos Satánicos* o las caricaturas de Mahoma<sup>80</sup>.

Con independencia de tales aspectos, que hacen inviable una tipificación y aplicación racional del delito, el argumento esencial es el que ya hemos destacado con anterioridad: los sentimientos religiosos carecen de entidad suficiente para ser merecedores de protección penal. El Derecho penal no está llamado a imponer estándares de decencia, moderación dialéctica, ni puede convertirse en la medida de lo políticamente correcto. Tampoco debe estar llamado a proteger la indemnidad de sensibilidades particulares, ni la integridad de identidades culturales, ni mayoritarias ni minoritarias. Por el contrario, solo deben ser castigadas aquellas ofensas graves inherentes a la dignidad humana -a lo que tenemos en común- que puedan generar un déficit relevante en las posibilidades de participación social.

Descartada su vinculación con el derecho a la libertad religiosa o a la dignidad, la protección de sentimientos *religiosos* solo podría legitimarse desde la previa atribución a la religión de un trato diferencial y privilegiado sobre otras creencias o convicciones. Pero, más allá de la experiencia *interna* del hecho religioso, de la vivencia *subjetiva* de lo sagrado, particularmente en un Estado que se define como aconfesional no puede justificarse ningún *prius* axiológico que legitime la protección reforzada de la identidad religiosa -de los vínculos emocionales con credos, dogmas o símbolos- frente a cualesquiera otras identidades, creencias o convicciones ideológicas<sup>81</sup>. Es debido a ello por lo que ha podido afirmarse que la protección de sentimientos religiosos se sostiene sobre una injustificable discriminación frente

<sup>78</sup> Críticos con esa perspectiva, por ejemplo, HÖRNLE, 2012, p. 317; ASH, 216, pp. 217-218.

<sup>79</sup> Así, GIMBERNAT ORDEIG, 2007, p. 19, n. 14. En sentido semejante VÁZQUEZ ALONSO, 2016, p. 317, quien no obstante reconoce que estando ante un tipo penal “cargado de subjetivismo”, resulta complicado determinar la existencia real de un daño.

<sup>80</sup> Así, ATIENZA, 2007, p. 70. Ejemplo ilustrativo de ello son las piruetas argumentales que se ve obligada a hacer la jurisprudencia para llegar a un pronunciamiento absolutorio en casos como el de Javier Krahe u otros. Cfr. GARCÍA AMADO, 2012; GARCÍA RUBIO, 2014, pp. 436 ss.

<sup>81</sup> Niegan ese hecho diferencial autores como GUTMANN, 2003, pp. 151 ss.; ASH, 2016, pp. 254-255.

a otras convicciones ideológicas<sup>82</sup>. Frente a ello, la alternativa no es, ciertamente, ampliar el marco de protección penal a cualesquiera sentimientos o creencias (como, en el afán de evitar esa discriminación, torpemente ha intentado nuestro legislador incluyendo un inaplicable escarnio hacia no creyentes), sino derogar el precepto en cuestión.

## V. Discurso antirreligioso y libertad de expresión

### 1. *El hecho diferencial del discurso antirreligioso*

La conclusión a que hemos llegado es que los sentimientos religiosos no deben ser protegidos por el Derecho penal, por cuanto su protección bajo pena resultará desproporcionada, al carecer tales intereses de la entidad suficiente para merecer el reproche penal y generar, por ello, un saldo negativo en términos de libertad. Pero no es solo la libertad lo que está en juego; con la tipificación de conductas como el escarnio o la profanación se restringe también desproporcionadamente el derecho a la libertad de expresión.

La libertad de expresión se fundamenta en el principio de autonomía política del ciudadano, consustancial al sistema democrático<sup>83</sup>: el derecho a participar en la creación de las normas que a todos nos gobiernan presupone el derecho a intervenir en la deliberación sobre asuntos de relevancia pública<sup>84</sup>, tanto de modo directo, a través del voto y de la crítica sobre materias objeto de decisión política, como indirectamente, contribuyendo con la exteriorización de sus preferencias sociales, culturales o ideológicas a la conformación de la opinión pública<sup>85</sup>. A su vez, desde la perspectiva del auditorio, la exigencia de una deliberación pública racional presupone garantizar la más amplia información posible acerca de las diferentes opciones ideológicas, pues solo de ese modo las decisiones del ciudadano acerca de cómo quiere ser gobernado podrán considerarse racionales y razonables<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> GARCIA RUBIO, 2014, p. 435.

<sup>83</sup> En palabras de HABERMAS, 1998, p. 69, “los ciudadanos son políticamente autónomos, así, sólo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios”.

<sup>84</sup> Cfr. DWORKIN, 2011, p. 372 ss.; afirma en este sentido WEINSTEIN, 2011, p. 498, que “el derecho a participar en la discusión pública sin restricciones de contenido por parte del gobierno no es sólo un interés colectivo inherente a la soberanía popular, sino que conforma un derecho fundamental del individuo”.

<sup>85</sup> Cfr., especialmente, POST, 2011, pp. 482 ss. Para una breve aproximación a las dinámicas de la opinión pública y la relevancia de la libertad de expresión, me permito remitir a ALCÁCER GUIRAO, 2016, pp. 29 ss.

<sup>86</sup> Cfr. RAWLS, 1996, pp. 52, 88 ss., considerando la libertad de expresión como una de las libertades básicas, presupuesto, por tanto, de una deliberación racional y razonable. Ello ha sido reiteradamente enfatizado por nuestro Tribunal Constitucional, manifestando que “para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas” (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre; 235/2007, de 7 de noviembre).

Tal fundamento determina el contenido del derecho fundamental: la libertad de expresión no garantiza cualquier manifestación, sino únicamente a difundir aquellos discursos dotados de relevancia pública, lo que genéricamente –y en el sentido amplio aludido– podemos calificar como *discurso político*; solo ese discurso político vendrá constitucionalmente reforzado por la “posición preferente” que el Tribunal Constitucional ha venido asignando a la libertad de expresión (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre; 235/2007, de 7 de noviembre).

Desde tales premisas, con carácter general puede afirmarse que el discurso anti-religioso se incardina bajo el ámbito del discurso político y, por tanto, bajo el contenido *prima facie* protegido por la libertad de expresión<sup>87</sup>. A continuación abundaré brevemente en esta idea, y sostendré que la incriminación del escarnio o la profanación, al regular conductas limítrofes a ejercicio legítimo de la libertad de expresión, generará un rechazable *efecto desaliento* y, con ello, un exceso ilegítimo de coacción.

A tal fin, quisiera servirme de un ejemplo manejado por Martínez-Torrón. De la mano de las consideraciones de este autor, pondré también en tela de juicio la premisa de que parte, referida a la necesidad de tratar de modo equitativo todo discurso hostil, tanto el discurso racista u homófobo como el discurso antirreligioso. Sostendré que sí puede predicarse un hecho diferencial en la identidad religiosa, pero que ello no la hace más merecedora de protección frente a los discursos hostiles, sino menos.

La premisa de la que parte el autor parece difícilmente rebatible:

“que todas las manifestaciones de intolerancia o discriminación han de juzgarse de acuerdo con los mismos criterios; y que tan perverso es perseguir a una persona por razón de su orientación sexual -o de su raza, o de su sexo, o de su nacionalidad- como por razón de su religión o creencias”<sup>88</sup>.

Pero realmente creo que admite no pocas matizaciones. La primera es que la adscripción a una religión responde a una identificación convencional y voluntaria, que no es predicable de otros vínculos identitarios, ya sean biológicos (sexo) o culturales (nacionalidad, género), por lo que las ofensas a tales características habrán de tener una diferente interpretación social y jurídica. Como ya hemos afirmado previamente, no pueden equipararse las ofensas a los referentes identitarios referidos al género o la raza con las referidas a símbolos religiosos, por cuanto lo primero es una condición inherente a la persona y lo segundo parte de una vinculación voluntaria. Mientras los primeros pueden menoscabar la dignidad, los segundos no afectan al núcleo axiológico de la persona.

Hecha esa primera matización, el citado punto de partida de Martínez-Torrón puede compartirse si lo entendemos solo aplicable a los supuestos de *discurso de*

<sup>87</sup> Sobre esa idea de la protección *prima facie*, véase ALCÁCER GUIRAO, 2018, pp. 24 ss.

<sup>88</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, 2016, p. 29.

*odio*: de incitación al odio o a la violencia. Es, en efecto, igualmente reproachable incitar a la violencia contra un grupo religioso que contra un grupo étnico. En ambos casos nos hallamos, por lo demás, extramuros del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Sin poner esa conclusión en duda, desde las tensiones con la libertad de expresión es particularmente relevante acoger una segunda matización sobre el discurso antirreligioso, y que guarda relación con el papel que, frente a otros grupos identitarios, juegan las religiones organizadas. Para ello, sirvámonos de un ejemplo que utiliza el mismo Martínez-Torrón en favor de sus tesis.

Con ocasión de la Jornada Mundial de la Juventud de 2011, en la que estaba prevista la visita del Papa a nuestro país, la CNT realizó una campaña mediática contraria a la visita, denominada “*peligro, que viene el papa*”<sup>89</sup>, en la que se convocó un concurso de carteles “para escarnio de las instituciones religiosas y de Dios”, posteriormente difundidos, entre los que se encontraban imágenes como un dibujo con un obispo ahorcado, una iglesia ardiendo con el slogan “*la única iglesia que ilumina es la iglesia que arde*”, o un montaje fotográfico en el que se ve la silueta del Papa dentro de una mira telescópica y con la frase “*totus muertos*” (jugando con las palabras latinas del conocido lema de Juan Pablo II, *totus tuus*). La organización “Hazte oír” interpuso una querrela por delitos de escarnio y de provocación al odio contra los católicos -además de por otros títulos de imputación más rebuscados-, que fue inadmitida a trámite con apoyo del Ministerio Fiscal, siendo confirmada por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30) de 24 de enero de 2013.

Martínez-Torrón critica esa decisión en los siguientes términos:

“La Audiencia Provincial entendió, sorprendentemente, que se trataba de meras críticas hacia la Iglesia Católica y sus instituciones, que entraban dentro del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, que en ningún caso constituían escarnio público (artículo 525.1 CP) ni, aún menos, provocación “a la discriminación, al odio o a la violencia” (artículo 510.1 CP). Desde luego, hay que empeñarse mucho para no apreciar en ese caso la existencia de escarnio o de intención de ofender; pero, aun así, puedo entender la reticencia de la Audiencia Provincial a aplicar el artículo 525 CP. Sin embargo, lo que resulta menos comprensible es que no se vea en esas imágenes una provocación al odio o la discriminación en un país como España, en cuya historia la violencia religiosa, de uno u otro signo, está por desgracia lejos de ser una ficción”.

Y el fundamento de esa crítica está en la pretendida desigualdad de trato del discurso de odio antirreligioso frente a manifestaciones de discurso hostil dirigido contra otros colectivos. Me permito citar el argumento en toda su extensión:

<sup>89</sup> <https://peligroquevieneelpapa.wordpress.com/>



“Es, como decía, significativo de una actitud, relativamente extendida, que tiende a tratar con mayor lenidad el hate speech antirreligioso en comparación con otras expresiones de incitación al odio. Es decir, una actitud que tiende a aplicar a la discriminación religiosa, en la práctica, criterios diversos de los que aplica a otras clases de discriminación. Habría sido ilustrativo observar cuál hubiera sido la decisión del mismo tribunal en caso de, por ejemplo, expresiones equivalentes referidas a judíos, mujeres o personas de orientación homosexual. ¿Se hubiera entendido que una sinagoga ardiendo era un ejercicio de crítica jurídicamente aceptable hacia la religión judía? ¿O que una mujer ahorcada o una persona homosexual en el centro de una mira telescópica, con la consigna “totus muertos”, constituían una legítima discrepancia e intercambio de ideas en relación con presuntos excesos de los movimientos feministas o impulsores de los derechos de los homosexuales?”<sup>90</sup>

A mi entender, las consideraciones críticas de Martínez-Torrón desatienden un aspecto esencial de la discusión, lo que a su vez le lleva a malinterpretar el contenido de los mensajes objeto de sus críticas. La equiparación que realiza entre el discurso antirreligioso y el discurso homófobo ignora un aspecto esencial sobre el papel que juega la religión en sociedad y, con ello, sobre la dimensión que adquiere el discurso contrario a la misma. En realidad, son dos aspectos los que omite tomar en consideración.

El primero de ellos ya ha sido objeto de mención en páginas anteriores: en el contexto español la religión católica es ampliamente mayoritaria, por lo que, a diferencia de judíos y homosexuales, no estamos ante un grupo identitario minoritario o en riesgo de marginación social. Desde esa perspectiva, la equiparación no es de recibo, pues los mensajes hostiles contra judíos u homosexuales conllevan socialmente un significado discriminatorio del que carece el discurso contrario a la religión católica. Por tal razón, la imagen de una sinagoga ardiendo o la de un homosexual en el punto de mira de una diana podrían -dependiendo del contexto de sentido- interpretarse como una incitación a la discriminación o la violencia del artículo 510 CP, mientras sería que no podría llegarse a esa conclusión, me parece, ante la imagen del Papa en la diana o de una iglesia católica ardiendo. A mi modo de ver, y frente a la concepción de Martínez-Torrón, los hechos analizados se incardinan antes en el ámbito del escarnio que en del discurso del odio.

Pero hay segundo aspecto que el autor citado no toma en consideración y que resulta decisivo para determinar los márgenes de ejercicio de la libertad de expresión. Ese aspecto es el rol institucional y político que juega la religión en sociedad. Desde esta perspectiva, la equiparación entre el grupo religioso con las mujeres o los homosexuales es falaz porque desatiende el acentuado componente institucional

<sup>90</sup> MARTÍNEZ-TORRÓN, 2015, p. 27-28; en igual sentido, sobre la base de idéntico ejemplo, MARTÍNEZ-TORRÓN, 2016, p. 28-29.

de que goza la religión y del que carecen otros colectivos como los citados. A diferencia de otros vínculos comunitarios, la identidad religiosa se conforma en torno a una organización eclesiástica que, además, ejerce un enorme protagonismo social y participa activamente en el debate político.

## ***2. El discurso antirreligioso es discurso político amparado por la libertad de expresión***

Con lo expuesto podemos reforzar la idea de que partía. El papel que la religión se atribuye de *custos morum*, de guardián de las costumbres, y su decisiva influencia en la fijación de la agenda ideológica en materias de tal calado público como el aborto, la eutanasia, el uso de medios anticonceptivos, las opciones de género, etc., convierten a las Iglesias (en nuestro país, señaladamente a la Iglesia católica) en actores políticos de primer orden. Por más que el sentimiento religioso pueda considerarse individual y privado, las doctrinas y credos religiosos presentan una dimensión pública y política innegable<sup>91</sup>. Desde tales premisas, puede afirmarse sin lugar a dudas que el discurso antirreligioso presentará por lo general relevancia pública –afectará a asuntos relacionados con el autogobierno o con pautas intersubjetivas de conducta– y que, por tanto, entra dentro del contenido protegido por la libertad de expresión.

Si volvemos a las imágenes difundidas por la CNT que Martínez-Torrón considera merecedoras de reproche penal, se percibe con nitidez que se enmarcan en un discurso no solo genéricamente antirreligioso, sino más bien anticlerical, siendo el objeto de su crítica, sátira o desprecio símbolos directamente asociados con la dimensión institucional de la religión como el Papa, los obispos o las iglesias. No es solo que no quepa afirmar una incitación a la violencia; es que ni siquiera cabría considerar tales imágenes como manifestación de escarnio de las creencias religiosas. Lejos de constituir burla o desprecio a lo sagrado, se enmarcan en un contexto de crítica al poder terrenal de la Iglesia católica, estando por ello ante un discurso dotado de una indudable relevancia pública y que ha de estar amparado por la libertad de expresión.

Con independencia de caso concreto, entiendo que, como regla general, el discurso antirreligioso, incluso el canalizado a través de la burla o el escarnio, conllevará un componente crítico, reivindicativo o emancipador propio del discurso político, inserto por tanto ya en el núcleo, ya en los contornos del derecho fundamental. Por ello, la prohibición bajo pena del escarnio de símbolos o credos religio-

<sup>91</sup> VÁZQUEZ ALONSO, 2016, p. 333; MARCH, 2012, pp. 25-26. Suscribo palabra por palabra el planteamiento de Enrique Gimbernat en este aspecto (GIMBERNAT ORDEIG, 2007, p. 20): “Las ‘Weltanschauungen’ –y la religión es una ‘Weltanschauung’ más– tienen que poder ser objeto de crítica sin límite alguno, porque, si son ciertas, merecen el respeto sólo de quienes las profesan personalmente, y, si no lo son, entonces se trata de grandes estafas intelectuales y tiene que ser posible que los que alguna vez se sintieron estafados, o tratan de evitar que otros incurran en ese fraude, puedan expresar, si así lo tienen por conveniente, qué miserable opinión les merece cualquiera de las ‘cosmovisiones’ –también las religiosas a las que acabo de hacer referencia–, sin que el Derecho penal esté autorizado para inmiscuirse en polémicas que están y deben seguir estando abiertas”.

sos o bien restringirá el ejercicio del derecho fundamental a la libre expresión –unido a otros, cercanos, como el de libertad de creación artística-, o bien, en todo caso, disuadirá coactivamente de tal ejercicio, al prohibir conductas situadas en los márgenes de su contenido protegido. Ese inconstitucional desaliento de la libertad de expresión resultará, además, particularmente intenso –y, por ello, desproporcionado- dada la inevitable vaguedad e indeterminación que caracteriza a preceptos de esta índole<sup>92</sup>. La constitucionalidad del delito de escarnio de los sentimientos religiosos resulta por ello muy cuestionable.

## Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, R., “Opiniones constitucionales”, *InDret* 1 (2018), pp. 1 ss.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Cocinar cristos y quemar coranes”, en: Miró Llinares, F. (director), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid, 2017, pp. 67 ss.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18-11 (2016), pp. 1 ss.
- AÑÓN ROIG, M.J., “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, en: De Lucas, (director), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 217 ss.
- ASAD, T./BROWN, W./BUTLER, J./MAHMOOD, S., *Is Critique Secular? Blasphemy, Injury, and Free Speech*, Berkeley, 2009.
- ASH, T.G., *Free Speech*, London, 2016.
- ATIENZA, M., “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, *Revista internacional de filosofía política* 30 (2007) pp. 65 ss.
- BILBAO UBILLOS, J.M., *Artículo 10.1*, en: Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (directores), *Comentario a la Constitución Española*, Libro Homenaje a Luis López Guerra, Tomo I, Valencia, 2018, pp. 263 ss.
- BLEICH, E., “Free Speech or Hate Speech? The Danish Cartoon Controversy in the Europe an Legal Context”, en: Khory, Kavita R., *Global Migration: Challenges in the Twenty-First Century*, 2012, pp. 113 ss.
- BRAHM LEVEY, G./ AND MODOOD, T., “The Muhammad cartoons and multicultural democracies”, *Ethnicities* 9 (2009), pp. 427 ss.
- BORAGNO GIL, I., “Libertad de expresión, ofensa y religión”, *Bajo Palabra. Revista de Filosofía* 9 (2014), pp. 113 ss.
- CANCIO MELIÁ, M./DÍAZ LÓPEZ, J.A., *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, Pamplona, 2019.
- CARRILO DONAIRE, J.A., “Libertad de expresión y ‘discurso de odio’ religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular”, *Revista de Fomento Social* 70 (2015), pp. 205 ss.

<sup>92</sup> Lo mismo puede decirse, por ejemplo, del delito de ofensas o ultrajes a los símbolos patrios (art. 543 CP). Sobre la directa relación entre el déficit de taxatividad de la ley y el efecto desaliento, cfr. CUERDA ARNAU, 2007, pp. 25 ss.

- CUERDA ARNAU, M., “Proporcionalidad penal y libertad de expresión. La función dogmática del efecto desaliento”, *Revista General de Derecho Penal* 8 (2007).
- DANCHIN, P., “Defaming Muhammad: dignity, harm, and incitement to religious hatred”, *Duke Forum for Law & Social Change* 5 (2010), pp. 4 ss.
- DE LUCAS, J. (director), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 6 (2004).
- DÍEZ-RIPOLLÉS, J.L., “El abuso del sistema penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 19 (2017).
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011.
- DWORKIN, “The Right to Ridicule”, *New York Review of Books*, 23 de marzo de 2006.
- FEINBERG, J., *Offense to Others. The moral limits of the Criminal Law, Volume 2*, Oxford, 1985.
- FUENTES OSORIO, “El odio como delito”, *RECPC* 19-27 (2017), pp. 1 ss.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Absolución de Javier Krahe del delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 CP”, disponible en: <http://garciamado.blogspot.com.es/2012/06/la-sentencia-dela-semana-absolucion-de.html>
- GARCÍA RUBIO, M. P., “Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)”, *Anuario de Derecho Civil* 67 (2014), pp. 397 ss.
- GARRIGA DOMINGUEZ, A., “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXX) 2014, pp. 97 ss.
- GIANNI, M., “¿Cuál podría ser la concepción de una ciudadanía diferenciada?”, en: De Lucas (director), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 13 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Presentación”, en Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona, 2007, p. 18 y ss.
- GUTMANN, A., *Identity in Democracy*, Princeton, 2003.
- HABERMAS, J., *Facticidad y Validez*, Madrid, 1998.
- HÖRNLE, T., “Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity”, *Criminal Law and Philosophy* 6 (2012), pp. 307 ss.
- HÖRNLE, T., “La protección de sentimientos en el StGB”, en Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid/Barcelona, 2007, pp. 383 ss.
- HUME, M., *Trigger Warning. Is the fear of being offensive killing free speech?*, Londres, 2015.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., en Casas/Rodríguez-Piñero, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 2018, pp. 213 ss.
- KAUFMANN, J.-C., *Identidades*, Barcelona, 2015.
- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995.

- LANDA GOROSTIZA, J.-M., *Los delitos de odio*, Valencia, 2018.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “La libertad de expresión y el Código Penal”, en: *Almacén de Derecho*, 27 de marzo de 2017.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Proporcionalidad penal”, Maqueda Abreu/Martín Lorenzo/Ventura Püschel (coord.), *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid, 2016, pp. 175 ss.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas”, en *La libertad de expresión e información. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2002, pp. 45 ss.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del TEDH: blasfemia e insulto a la religión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 46 (2013), pp. 79 ss.
- LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., “La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 42 (2016).
- MARCH, A.F., “Speech and the Sacred: Does the Defense of Free Speech Rest on a Mistake about Religion?”, *Political Theory* 40 (2012), pp. 318 ss. [citado sobre la versión publicada en ssrn (<http://ssrn.com/abstract=1642754>)].
- MARTÍNEZ TORRÓN, J., “Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 60 (2016), p. 26 ss.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J., “La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 50 (2015), p. 22 ss.
- MCKINNON, C., *Toleration. A critical introduction*, Oxon, 2006.
- MILANOVIC, M., “Legitimizing Blasphemy Laws Through the Backdoor: The European Court’s Judgment in E.S. v. Austria”, en el blog *EJIL: Talk!*, 29 de octubre de 2018.
- MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ofensivas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17-23 (2015).
- PALOMINO, R., “Libertad religiosa y libertad de expresión”, *Ius Canonicum* 98 (2009), pp. 509 ss.
- PÉREZ-MADRID, F., “Incitación al odio religioso o ‘hate speech’ y libertad de expresión”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19 (2009), pp. 1 ss.
- PINTO, M., “What Are Offences to Feelings Really About? A New Regulative Principle for the Multicultural Era”, *Oxford Journal of Legal Studies* 4 (2010), pp. 695 ss.
- RAWLS, J., *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1996, 1ª reimpresión.
- ROCA AGAPITO, L., “Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos”, en: Álvarez García (director), *tratado de Derecho Penal. Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución*, Valencia, 2015.
- ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en: Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 443 ss.

- SANDEL, M., *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, 1996.
- SANDEL, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 2ª edición, 1998.
- SEN, A., *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Buenos Aires, 2007.
- SONG, S., "Multiculturalism", *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (septiembre, 2010).
- SMET, S., "E.S. v. Austria: Freedom of Expression versus Religious Feelings, the Sequel", en el blog: *The Strasboug Observers*, 7 de noviembre de 2018 (<https://strasbourgoobservers.com/category/cases/e-s-v-austria/>)
- TAYLOR, C., "La política del reconocimiento", en: VV.AA., *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Méjico, 2003.
- TORBISCO, N., *Group rights as human rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*, Dordrecht, 2006.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. J., "Libertad de expresión y religión en la cultura liberal: de la moralidad cristiana al miedo postsecular", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 146 (2016), pp. 306 ss.
- WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard, 2012.
- WEINSTEN, J., "Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine", *Virginia Law Review* 97 (2011), pp. 491 ss.